الفقه

آية الله العظمى
السيد محمد الحسيني الشيرازي
دام ظله

كتاب الغصب

دار العلوم
بيروت - لبنان

الشيرازي
الفقه
٧٨
الغصب
دار العلوم

الفقه

الجزء الثامن والسبعون

الطبعة الثانية

١٤٠٩هـ - ١٩٨٨م

منقحة ومصححة مع تخريج المصادر

دار العلوم
للتحقيق والطباعة
والنشر والتوزيع

العنوان: حارة حريك - بئر العبد - مقابل البنك اللبناني الفرنسي
ص.ب ٦٠٨٠ شوران تلفون: ٨٢١٢٧٤ بيروت - لبنان

الفقه

موسوعة استدلالية في الفقه الإسلامي

آية الله العظمى
السيد محمد الحسيني الشيرازي
"دام ظله"

كتاب الغصب

دار العلوم
للتحقيق والطباعة والنشر والتوزيع

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف خلقه سيدنا محمد وعلى آله الطيبين الطاهرين، واللعنة الدائمة على أعدائهم إلى قيام يوم الدين.

كتاب الغصب

والغالب ان نحرر المسائل على اسلوب الشرائع، وقدورد في آية شريفة وفي الاخبار كلمة الغصب بكثرة .

قال تعالى : ﴿يأخذ كل سفينة غصباً﴾[1].

وقال الصادق عليه السلام في خبر أبي ولاد، في شأن البغل الذي استأجره، حيث قال الرجل : فلي عليه علفه ؟ قال عليه السلام : لا ، لانك غاصب[2].

وقال أمير المؤمنين عليه السلام : اذا اغتصبت أمة فاقتضت فعليه عشر قيمتها .[3]

وفي الحديث : الحجر المغصوب في الدار رهن على خرابها[4].

وقال أبو الحسن عليه الصلاة والسلام في ذكر مايختص بالامام : وله صوافي الملوك ما كان في أيديهم على غير وجه الغصب ، لان الغصب كله مردود[5].

---

(١) سورة الكهف : آية / ٧٩ .

(٢) الوسائل : ج ١٧ ص ٣١٣ الباب ٧ من كتاب الغصب ح ١ .

(٣) الوسائل : ج ١٤ ص ٥٨٧ الباب ٨٢ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ١ .

(٤) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٠٩ الباب ١ من كتاب الغصب ح ٥ .

(٥) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٠٩ الباب ١ من أبواب الأنفال ح ٣ .

وقال عليه السلام : من غرس أو زرع في أرض مغصوبة ، فله الزرع والغرس، وعليه الاجرة لصاحب الارض.(١)

وفي خبر آخر، عن رجل اغتصب امرأة فرجها .(٢)

وفي خبر ثالث : ان ذلك فرج غصبناه .(٣)

وفي المسالك عنه صلى الله عليه وآله : من غصب شبراً من أرض طوقه الله من سبع أرضين الى يوم القيامة.(٤)

وبذلك يظهر ، ان صاحب الجواهر أيضاً اخذه من المسالك على حسب عادته ، فما في هامش الجواهر من نقله عن ابن قدامة في المغني، والسرخسي في المبسوط محل نظر ، خصوصاً ومضمون هذا الخبر أيضاً وارد في بعض الاخبار الاخر :

مثل مارواه الغوالي : ان النبي صلى الله عليه وآله قال: من أخذ أرضاً بغير حقها كلف ان يحمل ترابها الى المحشر.(٥)

وعنه صلى الله عليه وآله ، انه قال : من أخذ شبراً من الارض بغير حقه طوق به يوم القيامة من سبع أرضين.(٦)

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣١٠ الباب ٢ من أبواب كتاب الغصب ح ١ .

(٢) الوسائل : ج ١٤ ص ٢٤٢ الباب ٨ من أبواب النكاح ح ١ .

(٣) الوسائل : ج ١٤ ص ٢٤٢ الباب ١٢ من كتاب النكاح ح ٢ .

(٤) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٠٩ الباب ١ من كتاب الغصب ح ٢ .

(٥) الوسائل : ج ١٧ ص ٣١١ الباب ٣ من كتاب الغصب ح ٢ .

(٦) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٦ الباب ٣ من أبواب السفر ح ٢ .

أنظر ابن قدامة في المغنى : ج ٥ ص ٣٧٨ والسرخي في المبسوط : ص ٤٩ ح ١١ .

وفي رواية اخرى : من غصب أرضاً [١].

وفي زيارة الامام أميرالمؤمنين عليه السلام يوم الغدير : غصب الصديقة فدكاً [٢].

وعن البحار: الذين غصبوا آل محمد صلى الله عليه وآله حقهم [٣].

وفي المستدرك، في حديث : وان فوتها المغتصب أعطى العوض منها [٤].

وفي رواية، عن الصادق عليه السلام قال : من اغتصب جارية فأولدها أخذها صاحبها والولد رقيقاً ، ومن اشترى مغصوبة فأولدها أخذها صاحبها وقيمة الولد [٥].

وفي رواية اخرى ، عنه عليه السلام قال : اذا اغتصب الرجل أمة فهلكت عنده فهو ضامن لقيمتها فان كان قد وطئها فعلقت منه، ثم استحقها صاحبها فأخذها وهي حبلى فماتت من النفاس ، فالغاصب ضامن لقيمتها [٦].

وفي روايـة اخرى ، قال : في الغاصب يعمل العمل و يزيد الزيادة فيما اغتصبه؟ قال: ماعمل فزاد فهو له، ومازاد مماليس من عمله فهو لصاحب الشيء ومانقص فهو على الغاصب [٧]. الى غيرها من الروايات .

ثم ان الغصب كمايستفاد من اللغة والعرف أعم من غصب المال، وغصب النفس، وغصب الحق، فان الغصب يطلق على جميع ذلك .

والظاهر ان المعنى اللغوي والعرفي والشرعي لهذا اللفظ واحد ، لا ان

---

(١) كنز العمال : ج ٥ ص ٢٣٨ ـ الرقم ٥٧٤١ .
(٢) في الزيارة المخصوصة لأمير المؤمنين (ع) يوم الغدير مفاتيح الجنان ص ٣٧١ .
(٣) البحار : ج ٨ ص ٣٨٨ .
(٤) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٥ الباب ١ من كتاب الغصب ح ١ .
(٥) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٦ الباب ٦ من كتاب الغصب ح ١ .
(٦) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٧ الباب ٩ من أبواب الغصب ح ٢ .
(٧) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٧ الباب ٩ من أبواب الغصب ح ٣ .

له معنيين ، كما ربما يتوهم من اختلاف الفقهاء واللغويين أحياناً في معنى الغصب .

وقول المحقق الرشتي : كلمات اللغويين والاصحاب مختلفة في بيان معناه اللغوي والاصطلاحي عند الفقهاء اختلافاً لايكاد يقدح في شيء ممايتفرع على معرفة معناه بأحد الاعتبارين لامكان ارجاعهماالى شيء واحد، ولا جدوى للتعرض بذكرها على طولها وتفصيلها، لان الاحكام المبحوث عنها في هذا الكتاب غيرمستند الى دليل لفظي ، مشتمل على مادة الغصب ومشتقاتها ، بل الى دليل لفظي أو لبي آخر، متضح المعنى والمقصود، ولو مع عدم وضوح معنى الغصب رأساً ـ انتهى .

غير ظاهر الوجه ، لان لفظ الغصب قدجاء في الروايات ، فاذا لم يحقق معناه لم يعرف المصاديق المشتبهة التي اذا حققت معنى الغصب عرف انها داخلة في الغصب بأحكامه أم لا ؟ .

مثلا قوله عليه السلام : لان الغصب كله مردود[1].

وقوله عليه السلام : من غرس أو زرع في أرض مغصوبة فله الزرع والغرس[2]، يأتي الكلام فيهما في انه اذا لم يكن الملك الكافر الذي استرجعنا منه الصوافي أخذ الارض ظلماً في مذهبه ، بينما هو ظلم لغوي ، هل انه تعد من صوافي الملوك التي هي للامام أم لا ؟

فاذاأخذنا بقول القاموس فيتعريف الغصب، حيثقال: غصبه يغصبهأخذه

---

(١) الوسائل : ج ١٦ ص ٣٦٥ الباب ١ من أبواب الأنفال ح ٤ .

(٢) الوسائل : ج ١٧ ص ٣١٠ الباب ٢ من أبواب الغصب ح ٢ .

ظلماً كاغتصب فلان على الشيء قهره ، فاذا لم يكن ظلم في مذهبه بأن لم يصدق انه أخذه ظلماً ، لكنّه واقعاً أخذ ما ليس له حق ، فهل هذا داخل في الغصب المردود الى صاحبه ؟ أو ليس بداخل حتى يكون للامام عليه السلام ؟

و كذلك اذا حجر انسان الارض ، و قلنا بأنّ التحجير لايملك كما هو المشهور ، ثم أخذه انسان عدواناً ، و زرع في ذلك المحجر ، فهل يصدق الحديث المتقدم من غرس أو زرع في أرض مغصوبة للشك في انّ الغصب شامل للحقوق ، أو ليس بشامل للحقوق ؟ حيث مثلا : ان الشرائع والقواعد والنافع والارشاد والدروس واللمعة والتنقيح وغيرهم ، كما حكى عن بعضهم عرفوا الغصب بأنه الاستقلال باثبات اليد على مال الغير عدواناً ، وحق التحجير لا يسبب تسمية الشيء مالا ، فلايقول: انه مالي ، وانما يقول: انه حقي بالمعنى الاعم للحق الشامل لغير المال على ما اشتهر بأن التحجير لايوجب الملك ، وان قلنا نحن في كتاب [احياء الموات] ان مقتضى القاعدة انه يوجب الملك ، الى غير ذلك من الصغريات التي ان كانت التعاريف مختلفة جوهريّة ، كما يظهر من نقض بعضهم لبعض طرد أو عكساً كان الامر يختلف في ذلك اختلافاً بيّناً .

نعم، نحن نرى ان هذه التعاريف يجب ان يرجع فيها الى العرف ، فما رآه غصباً رتب عليه أحكامه ، و ما لم يره غصباً لا يرتب عليه أحكامه ، اذ التعاريف الفقهائية كالتعاريف اللغوية ، كلها الماع الى حقيقة عرفية هم صبوا تلك الحقيقة العرفية في هذه الالفاظ ، ولذا نراهم لايستشكلون على اللغويين بأنهم يتناقضون في كلماتهم ، والسر ما ذكرناه ، فمثلا : في كلام ابن الاثير

انه أخذ مال الغير ظلماً و عدواناً ، بينما في كلام الشرائع المتقدم الاستقلال باثبات اليد على مال الغير عدواناً .

واذا فرض الفرق بين الاثبات والاخذ في مورد يلزم ان نأخذ بقوله ﷺ: على اليد ما أخذت حتى تؤديه(١). كما اشتهرت الرواية بهذه اللفظة في كتب الفقهاء ، ونقلها المستدرك عن أبي الفتوح الرازي في تفسيره، ويشبهه مارواه الدعائم عن أمير المؤمنين عليه السلام ، انه قال في حديث : لايجوز أخذ مال المسلم بغير طيب نفس منه(٢).

وفي رواية عبدالله بن السائب ، عن أبيه ، عن جده : ان النبي ﷺ قال: لايأخذنّ متاع أخيه جاداً ولا لاعباً من أخذ عصا أخيه فليردها(٣).

وفي رواية اخرى ، عنه ﷺ قال : من اتخذ من الارض شبراً بغير حق خسف به يوم القيامة الى سبع أرضين(٤)، بينما بعض الفاظ الروايات أعم من الاخذ .

مثل ما رواه الراوندي، عن النبي ﷺ قال: أربعة يزيد عذابهم على عذاب أهل النار ، رجل مات وفي عنقه أموال ، فيكون في تابوت من جمر(٥).

فان في عنقه شامل حتى لما اذا اقتطع ولم يأخذها، كما اذا رفع السلطان الجائر يد انسان عن ماله كالارض والعقار والدار مثلا ، لكن لم يستول هو

---

(١) المستدرك : ج ١٢ ص ٥٠٤ الباب ١ من أبواب الوديعة ح ١٢ .
(٢) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٦ الباب ١ من أبواب الغصب ح ٣ .
(٣) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٦ الباب ١ من أبواب الغصب ح ٥ .
(٤) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٦ الباب ٣ من أبواب الغصب ح ٢ .
(٥) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٦ الباب ١ من أبواب الغصب ح ٩ .

عليه ، أو اذا مثلا سحب انسان انساناً عن الاستيلاء على ماله، وذهب به بعيداً من الارض بحيث لم يكن لاهو ولا المغصوب منه مستولياً على ذلك المال، فانه يصدق عرفاً في عنقه ، لكن لايصدق أخذه مثلا ، أو لايصدق غصبه مثلا، وفي بعض الروايات الجمع بين الاقتطاع والاخذ .

فقد روي عنه صلى الله عليه وآله : من اقتطع مال مؤمن غصباً بغير حقه لم يزل الله معرضاً عنه ماقتاً لاعماله التي يعملها من البر والخير لايثبتها في حسناته حتى يتوب ويرد المال الذي أخذه الى صاحبه،(١) مما يمكن ان يصرف (أخذه) في ذيل الحديث (اقتطع) في صدر الحديث عن معناه العام الى معنى الاخذ ، وسيأتي بعض الكلام في مثل ذلك .

أما الاكل الوارد في جملة من الروايات، كالاية الكريمة، فالظاهر انه يراد به ما يقال في العرف انه أكله ولو بالاستيلاء عليه ، فلايشمل مثل المثال الذي تقدم من انه سحب يد المالك ولم يضع يده عليه .

فقد روي سماعة قال: قال أبوعبدالله عليه السلام : أوعد الله تعالى في أكل مال اليتيم عقوبتين، أحديهما عقوبة الاخرة النار، وأما عقوبة الدنيا فقوله عزوجل: « وليخش الذين لو تركوا من خلفهم ذرية ضعافاً خافوا عليهم »(٢) الاية ، يعني ليخش ان أخلفه في ذريته كما صنع بهؤلاء اليتامى(٣).

وفي الرضوي عليه السلام : اروى عن العالم عليه السلام ، انه قال: من أكل مال اليتيم

---

(١) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٦ الباب ٢ من أبواب الغصب ح ٨ .
(٢) سورة النساء : آية / ٩ .
(٣) الوسائل : ج ١٧ ص ٣١١ الباب ٤ من كتاب الغصب ح ١ .

درهماً واحداً ظلماً ، من غير حق ، يخلده الله في النار[١].

و روي : ان أكل مال اليتيم من الكبائر التي وعد الله عليها النـار ، فان الله عزوجل من قائـل يقول : « ان الذين يأكلون أموال اليتامى ظلماً ، انمـا يأكلون في بطونهم نارا وسيصلون سعيرا »[٢][٣].

ولايخفى ، ان الاستيلاء حرام ، والتصرف في المال حرام آخر ، فهمـا حرامان .

فعن أبان بن عثمان ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : أربعة لايجزن في أربعة الخيانة والغلول والسرقة والربا، لايجزن في حج ولاعمرة ولاجهاد ولاصدقة[٤].

والغصب احياناً يدخل في الخيانة، وأحياناً في الغلول، وأحياناً في السرقة، وأحياناً في الربا ، لان الغصب أعم من كل ذلك .

أما ما رواه المستدرك في هذا الباب ، عن حبيب بـن حكيم الازدي ، عن أبي عبدالله عليه السلام ، فـي حديث قال : وأعلموا انه مـن خضع لصاحـب سلطان الدنيا أو من يخالفه في دينه طلباً لما في يديه من دنياه أخمله الله، ومقته عليه ، ووكله اليه ، فان هو غلب على شيء من دنياه ، وصار اليه منه شـيء نزع الله البركة منه ، ولم يؤجر على شيء ينفق منه في حج ولاعتق ولابر[٥].

فانه لاربط له بالباب، ولعله ذكره هنا، لما هو واضح ، من ان عدم الاجر في مثل المقام يلازم الوزر .

---

(١) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٦ الباب ٤ من كتاب الغصب ح ١ .

(٢) سورة النساء : آية / ٤ .

(٣) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٦ الباب ٤ من كتاب الغصب ح ٢ .

(٤) الوسائل : ج ١٧ ص ٣١٢ الباب ٥ من كتاب الغصب ح ١ .

(٥) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٦ الباب ٥ من كتاب الغصب ح ١ .

و كيف كان ، فلم يعلم وجه لما ذكره المحقق الرشتي بقوله : الغصب معناه اللغوي الظلم ، والقهر بنص الفيروزآبادي والجوهري وغيرهما ، وقد يطلق على أخص من ذلك ، وهو الاستيلاء والاستقلال على مال الغير، أو حق من حقوقه ـ انتهى .

اذ الفيروزآبادي والجوهري لم يعرفا الغصب بالقهر والظلم، وانما عرفاه بالاخص ، فقد تقدم كلام الفيروزآبادي .

وأما كلام الجوهري ، فانه قال : كما عن الصحاح الغصب أخذ الشيء ظلماً ، تقول: «غصبه منه ، وغصبه عليه، بمعنى الاغتصاب منه ، والشيء غصب ومغصوب » .

ثم ان الفقهاء الذين عرفوا المغصوب بالحق أرادوا الاعم الشامل للمال، وللحق المجرد عن المال ، مثلا : عن الكفاية والمفاتيح انهما عرفا الغصب بالاستيلاء على حق الغير بغير حق . وعن الوسيلة : الاحتيال على مال الغير بغير تراض .

ومنه يعرف وجه النظر فيما عن التنقيح انه قال: ان الفقهاء يطلقون الغصب على ما في تعريف الاول، وعلى ما يشبهه من المفهومات، اما بالاتلاف مباشرة أو تسبيباً ، وأما بالقبض بالبيع الفاسد ـ انتهى .

ومثله ما عن بعضهم، انه قال: كل مضمون على ممسكه مغصوب، اذ الغصب لايطلق على الاتلاف مباشرة أو تسبيبا ، فمن كسر اناء غيره لايسمى غاصباً ، ومن سبب الى كسره أيضاً لايسمى غاصباً، كما ان كل مضمون على ممسكه ليس بمغصوب، اذ يمكن الضمان بسبب الشرط، وليس ذلك بمغصوب ولا فاعله غاصب ، ولابأس في المقام بذكر بعض الروايات الدالة على حرمة

الغصب، ووجوب رد المغصوب الى مالكه أو وارثه أو وليه أوالحاكم، مثلا، حسب الجمع بين الادلة، ونتبرك بذكر رواية سلمة بن ذهيل، وهي وان كانت بعض فقراتها خارجة عن محل البحث ، الا ان الحديث لماكان مذكوراً في كتب المشايخ الثلاثة باستثناء الاستبصار نذكره بتمامه تيمناً .

قال سلمة: سمعت علياً عليه السلام يقول لشريح: انظر الى أهل المعك والمطل ودفع حقوق الناس من أهل المقدرة واليسار ممن يدلي بأموال الناس الى الحكام، فخذ للناس بحقوقهم منهم ، وبع فيها العقار والديار ، فاني سمعت رسول الله صلى الله عليه وآله يقول: مطل المسلم المؤسر ظلم للمسلمين، ومن لم يكن له عقار ولا دار ولامال فلاسبيل عليه .

وأعلم انه لايحمل الناس على الحق الا من ردعهم عن الباطل، ثم واس بين المسلمين بوجهك ومنطقك ومجلسك حتى لايطمع قريبك في حيفك ، ولاييأس عدوك من عدلك، ورد اليمين على المدعى مع بينته، فان ذلك اجلى للعمى واثبت للقضاء .

واعلم ان المسلمين عدول بعضهم على بعض الا مجلود في حد لم يتب منه، أومعروف بشهادة زور أوظنين[١] .

واياك والتضجر في مجلس القضاء الذي أوجب الله فيه الاجر ويحسن فيه الذخر لمن قضى بالحق .

وأعلم ان الصلح جائز بين المسلمين الا صلح حرم حلالا أو أحل حراماً

---

(١) هذا يدل على عدم وجود سائر المعاصي (الا نادراً) في زمان الامام عليه السلام (منه دام ظله) .

وأجعل لمن ادعى شهوداً غيباً امداً بينهما، فان احضرهم اخذت له بحقه وان لم يحضرهم أوجبت عليه القضية .

واياك ان تنفذ قضية في قصاص، أو حدّ من حدود الله، أو حق من حقوق المسلمين حتى تعرض ذلك على انشاء الله[١] .

ولاتقعدن في مجلس القضاء حتى تطعم[٢].

وعن الفقيه باسناده عن حسين بن زيد، عن الصادق، عن آبائه عليهم السلام، عن النبي صلى الله عليه وآله في حديث المناهي قال: من خان جاره شبراً من الارض جعله الله طوقاً في عنقه من تخوم الارض السابعة حتى يلقى الله يوم القيامة مطوقاً، الا أن يتوب ويرجع[٣].

أقول: هذا العذاب في الدنيا، لكن الانسان لايحس بها لعدم اشتماله على الروح البرزخية والاخروية المجردة، فهو مثل قوله سبحانه وتعالى: ﴿ انما يأكلون في بطونهم نارا ﴾[٤].

وقوله سبحانه: ﴿ وان جهنم لمحيطة بالكافرين ﴾[٥] الى غيرذلك .

وقد يئول بجعلـه الله تعالى في القبر فمابعده ، لكن لا حاجـة الى هذا التأويل .

وفي حديث عن صاحب الزمان (عجل الله تعالى فرجـه) قال : لايحل لاحد أن يتصرف في مال غيره بغير اذنـه .[٦]

---

(١) هذا يدل على قلة المشاكل جداً في زمان الامام عليه السلام (منه دام ظله) .

(٢) الوسائل ج ١٧ ص ٣٠٨ الباب ١ من كتاب الغصب أو ذيله ح ١ .

(٣) الوسائل ج ١٧ ص ٣٠٩ الباب ١ من كتاب الغصب أو ذيله ح ٢ .

(٤) سورة البقرة : آية / ١٧٤ .

(٥) سورة العنكبوت : آية / ٥٤ .

(٦) الوسائل ج ١٧ ص ٣٠٩ الباب ١ من كتاب الغصب ح ٤ .

وروي عن أبي‌عبدالله، عن أبيه، عن آبائه ، عن أميرالمؤمنين عليه السلام: ان رسول الله صلى الله عليه وآله خطب يوم النحر بمنى في حجة الوداع، وهو على ناقة عضباء فقال : أيها الناس اني خشيت اني لا ألقاكم بعد موقفي هذا بعد عامي هذا ، فأسمعوا ماأقول لكم، فانتفعوا به، ثم قال: اي يوم أعظم حرمة ؟ قالوا: هذا اليوم يارسول الله، قال: فأي الشهور أعظم حرمة ؟ قالوا: هذا الشهر يارسول الله، قال: فأي بلد أعظم حرمة؟ قالوا: هذا البلد يارسول الله، قال: فان حرمة أموالكم عليكم، وحرمة دمائكم كحرمة يومكم هذا في‌شهركم هذا في بلدكم هذا الى أن تلقوا ربكم ، فيسألكم عن أعمالكم الا هل بلغت ؟ قالوا : نعم ، قال: اللهم اشهد(١).

وفي حديث، عن أبي‌عبدالله عليه السلام، انه قال: فمن نال من رجل شيئاً من عرض، أومال وجب عليه الاستحلال من ذلك، وان يتنصل من كل ماكان منه اليه، وان‌كان قدمات فليتنصل من المال الى ورثته، وليتب الى الله مماأتى اليه حتى يطلع عليه عزوجل بالندم والتوبة والتنصل، ثم قال عليه السلام : ولست أخذ بتأييد الوعيد في أموال الناس ، ولكني أرى ان اؤدى اليهم ان كانت قائمة في يدي من اغتصبها ويتنصل اليهم منها، وان فوتها المغتصب أعطى العوض منها، وان لم‌يعرف، أهلها تصدق بها عنهم على الفقراء والمساكين، وتاب‌الى الله عزوجل ممافعل(٢).

وعن‌النبي صلى الله عليه وآله قال: لايحلبن أحدكم ماشية أحد الا بأذنه، أيحب‌أحدكم

---

(١) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٥ الباب ١ من أبواب الغصب ح ١ .
(٢) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٥ الباب ١ من أبواب الغصب ح ٢ .

ان يؤتى مشربته فتكسر خزانته فينقل طعامه، فانما تخزن لهم ضروع مواشيهم فلايحلبن أحدكم ماشية أحد الا بأذنه[١].

وفي حديث، عنه ﷺ، انه قال: ان دمائكم وأموالكم عليكم حرام، الى ان قال: لايحل دم امرء مسلم ولا ماله، الا بطيبة نفسه[٢].

ثم الظاهر، انه اذا استولى انسان على شيء لانسان آخر، ولا اجرة لذلك الاستيلاء، ثم ارجعه اليه صدق عليه الغصب، ولاضمان خارجا، واذا صدق عليه الغصب حق عليه التعزير، فقول الجواهر: الذي يسهل الخطب عدم أحكام شرعية معلومة كي يحتاج الى التعب في تحقيق معناه الا نادراً، كتكليف الغاصب بالرد، وان استلزم المشقة الشديدة بتلف المال وغيره محل تأمّل، وقد ذكر الفقهاء تفاصيل في تعريف الغصب، وقد عرفت انه لا حاجة اليها بعد كون المعيار المعنى العرفي، والذي يرجع اليه المعنى الفقهائي واللغوي أيضاً، لان المركوز في أذهان العرف هو الحد الذي أخذ منه الفقهاء واللغويون تعاريفهم المختلفة، والله سبحانه العالم.

---

(١) السنن الكبرى: ج ٦ ص ٩٢.

(٢) الوسائل ج ١٩ ص ٣ الباب ١ من أبواب القصاص في النفس ح ٣.

(مسألة ـ ١ ـ) قال في الشرائع : ولايكفي رفع يد المالك مالم يثبت الغاصب يده، فلومنع غيره من امساك دابته المرسلة فتلفت لم يضمن، وكذا لو منعه من القعود على بساطه، أومنعه من بيع متاعه فنقصت قيمته السوقية، أو تلفت عينه .

وقال في المسالك : اذا تعدى على الغير من دون أن يستقل بيده على ماله لايعد غاصباً وانكان آثماً، ومنه مالو منع غيره من امساك دابته المرسلة فاتفق تلفها، أومنعه من القعود على بساطه وغيره من امتعته فتلف، وعدم الضمان فيهما هو المشهور، وهو يتم مع عدم كون المنع سبباً في التلف ، بل اتفق معه .

أما لوكان سبباً والتلف متوقع معه ، فالوجه الضمان بتحقق السببية وهو اختيار جماعة من المتأخرين، ومثله مالومنعه من بيع متاعه فتلف بحيث لولا المنع لماحصل التلف ، فانه حينئذ سبب فيه .

أمّا لو نقصت قيمته السوقية ، مع بقاء عينه وصفته على حالها ، فعدم الضمان متجه .

وفي الدروس قال : انه حينئذ لايضمن قطعا مع انه في بعض فتاواه قوى الضمان في الجميع .

أقول: مقتضى القاعدة بالاضافة الى ما استثناه المسالك من الضمان ما قواه الدروس من الضمان في الجميع، وذلك لان الدليل ليس خاصاً بعلى اليد ونحوه حتى يقال : انه لايشمل المقام، بل مثل قوله عليه السلام : لايتوى حق

امرىء مسلم(١) . وقوله : لا يبطل حق مسلم(٢) . وقوله : لا يبطل حقوق المسلمين(٣) . وقوله عليه السلام: وان فوتها المغتصب(٤) وما أشبه يشمل المقام، فان من توى حق هذا الانسان، هو الشخص الذي منعه عن متاعه أو ما أشبه ، فيفهم منه انه ضامن ، والا فلايتوى ليس أمراً تكوينياً، وانما هو أمر تشريعي .

وحيث لا جهة اخرى تؤدي حق هذا الانسان الذي توى حقـه ، فاللازم بالدلالـة العرفيـة أن يكون الحق على الذي تواه ، ولذا كان المحكـي عن التذكرة بعد ان نفى الشك عن عدم تحقق الغصب في الدابـة المتقدمة قال : وهل يضمن؟ قال بعض علمائنا: لايضمن، وفيه اشكال .

قال في الجواهر : ومنه يعلم ، انه لايلزم من عدم كونه غاصباً عدم كونه ضامناً ان كان سبب آخر ، غير الغصب .

أما قوله : بعد ذلك ، لاينبغي التأمل في عدم ضمان نقصان القيمة السوقية لعدم تفويت مال عليه بمباشرة ، أو تسبيب ، ومن هنا لـم تضمن منافع الحـر اجماعاً ، فيرد عليه ان عدم ضمان منافع الحر ايضاً محل نظر ، فاذا كان هـذا الانسان يكتسب كل يوم ديناراً و يقوت عياله ، فحبسه الظالم ظلماً عشرة أيام ، فلماذا لايضمن هذا الظالم عشرة دنانير منافعه ؟ واستناد الفقهاء الى بعض الادلة يوجب عدم امكان الاعتماد على الاجماع ، لانه محتمل الاستناد ، ولذا اخترنا ضمان عمل الحر ايضاً .

---

(١) المستدرك : ج ٣ ص ٢١٥ الباب ٣ من نوادر الشهادات ح ٥ .

(٢) المستدرك : ج ٢ ص ١٩٨ الباب ٢ من كيفية الحكم ح ٢ .

(٣) الوسائل : ج ١٤ ص ٢١٠ الباب ٦ من أبواب عقد النكاح ح ٩ .

(٤) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٥ الباب ١ من كيفية الحكم ح ١ .

ولعل استدلال الشهيد وغيره بالتسبيب ايضاً ناظر الىما ذكرناه من دليل لا يتوى ونحوه ، ومن الادلة التي تدل على الضمان بالملاك ما في [كتاب الديات] من ان انساناً لو دعى انساناً الى داره وفيه كلب أو بئر محفورة فعقره الكلب ، أووقع في البئر ، كان الانسان الداعي ضامناً ، والضمان ليس الا من جهة التسبيب، والدليل ان لم يكن في المال ، لكن مناطه موجود هنا ايضاً .

ولذا استدل المحقق الرشتي في الملتقطات بدليل لاضرر[(١)] تبعاً للشيخ في المكاسب في خيار الغبن والعيب قال : وجه الدلالة هو ان نفي الضرر بحكم امتناع الكذب في كلمات الشارع لابد ان ينزل على انه لايبقى الضرر بحاله اذا حصل، وقضية ذلك وجوب جبرانه ، حيث مايقع مقدمته بتصديق الشارع لان الضرر المتدارك لايعد ضرراً عرفاً .

وهذا غير التحريم الصرف، فانه لايقتضي جبرانه بعد وقوعه ، وانما غايته حصول الاثم، فحيث يتحقق ضرر على مسلم وجب جبرانه وتداركه ، ودعوى ان وجوب الجبران أعم من تغريم الضار نفسه بامكان جعله من بيت المال ، كما يظهر من المحقق القمي (رحمه الله) في القوانين، غير واردة في المقام، لان الكلام هنا في دلالة أصل القاعدة على وجوب جبران الضرر في الجملة .

وأما كونه على الضار ، أو على بيت المال ، أو غير ذلك من المحتملات فيرجع فيه الى قواعد اخر، وأدلة اخرى، مثل الاجماع القائم في آحاد المسائل على تعيين الاحتمال الاول بعد ثبوت أصل الجبران، وهذا غير ما يوجه به دلالة

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٤١ الباب ١٢ من كتاب أحياء الموات ح ٣ .

الحديث على الضمان في أمثال المقام ـ انتهى .

فان مقتضى القاعدة هو ما ذكره، ولذا النبي ﷺ الذي هو مصدر هذا الحديث استدل به ، لقلع ذلك الانصاري شجرة سمرة ،(١) مع ان النبي ﷺ لم يذكر دليلا اخر لذلك ، فان العرف يستفيد من الحديث ان النبي طق الصغرى الجزئية على تلك الكبرى الكلية التي قالها .

أما ما ذكره المحقق القمي أو غيره من احتمال ان يكون الجبران على بيت المال ، فغير ظاهر الوجه ، اذ لاشأن لبيت المال في اضرار بعض الناس ببعض ، بل هو بعيد عن الفهم العرفي بعداً كبيراً ، وقول المحقق الرشتي ، فحيث يتحقق ضرر على مسلم وجب جبرانه، الظاهر انه من باب المثال ، والا فلا فرق بين المسلم وبين غير المسلم ، فان الاسلام يحرم الضرر الا على الكافر الحربي في حال الحرب بموازينه المعروفة ، والا فيما استثنى من الاضرارات بالقصاص ونحوه ، والتي نحن هنا في غنى عن البحث عنه ،لان البحث حول دليل لاضرر راجع الى موضعه الخاص كرسالة الشيخ وغيرها .

ثم انه حيث كان المرجع في الحق أو الضرر العرف حتى يحكم عليهما (باللا) في الضرر ، وبلا يتوى في الحق، فالميزان ان العرف يراه حقاً أو لا ، واذا رآه حقاً فالميزان العرف ايضاً في كمية الحق ، مثلا : الانسان الذي لايعمل اذا حبسه انسان لم يكن على ذلك الحابس حق مالي ، اذ هذا الانسان غير العامل ليس له حق عرفاً ، واذا كان هذا الانسان يعمل طبيباً كل يوم بعشرة دنانير ، فحبسه كان عليه أن يعطيه كل يوم عشرة دنانير .

---

(١) الكافي : ج ٥ ص ٢٩٢ ح ٨ ـ التهذيب : ج ٧ ص ١٤٧ ح ٦٥١ .

أما اذاكان عاملا يعمل كل يوم بربع دينار، فاذا حبسه أعطاه كل يوم ربع دينار .

واذا كان هذا الانسان بين اجرة كبيرة اذا عمل بستانياً ، واجرة صغيرة اذا عمل حمالا، فحبسه فان العرف يرى انه ماذا كان يعمل اذا لم يكن حبسه ، هل يعمل بستانياً؟ فاللازم أن يعطيه كل يوم ديناراً ، أو يعمل حمالا؟ فاللازم أن يعطيه كل يوم ربع دينار .

وهذا مثله مثل الدار، فانه اذا جعل انسان حاجزاً أمام دار انسان لايستنفع بها ، لانه تركها ولايريد سكناها وايجارها ، فان هذا الذي جعل أمام الدار حاجزاً ليس عليه حق مالي، فلايقال انه فوت منفعة الدار ، وتوى حق صاحب الدار، وأضر بصاحب الدار .

أما اذا كان هذا الانسان يريد ايجار داره بمائة، فجعل الحاجز مماحرمه من الايجار و المائة ، فان عليه مائة ، واذا كان يريد ايجار داره بعشرين لاختلاف الانتفاع من الدار ، حيث ان الدار اذا استأجرت للزوار كانت الاجرة مائة ، واذا استأجرت لاهل البلد كانت الاجرة عشرين فعليه أن يدفع للذي منعه عن ايجار الدار لاهل البلد عشرين وهكذا ، لانه قدر الحق عرفا الذي تواه وفوته ، وقدر الضرر الذي أضره بصاحبها ، وهكذا اذا منعه عن ايجار سيارته أو دابته أو ما أشبه ، فانه قد لايكون مريداً للايجار حتى ان المنع وعدمه سواء، فليس هذا تويا لحقه .

أما اذا كان يريد ايجاره ارادة تقع في الخارج لا مجرد الارادة ، اذ مجرد الارادة لايسبب صدق التوى والضرر والفوت كان ضامناً، فاذا كان يريد

ايجارسيارته مثلا من كربلاء الى النجف، والاجرة عشرة، كان ضامناً لعشرة ، واذا كان يريد ايجارها من كربلاء الى الكاظمية والاجرة عشرون، فانه أضره بمقدار عشرين، الى غيرذلك من الامثلة .

قال في محكى الرياض : ومن هنـا يترجح الحكم بضمان نقص القيمة السوقية للمتاع اذا حصل بمنع المالك عن بيعه ولو مع بقاء العين وصفتها، وذكر القائل المتقدم انه لم يضمن قطعاً، لان الفائت ليس بمال بل اكتسابـه، وهو كماتراه لاتحاد وجه الحكم بالضمان هنا وفيما مضى، وهو صدق الاضرار المنفي شرعاً ، وليس فيه مايقتضي تخصيص الضرر المنفي بمايكون متعلقـه مالا ، ولعلـه لذا اختار الشهيد في بعض فتاواه الضمان هنـا ، وان قوى في الدروس عدم الضمان مطلقـاً ، وفاقـاً للمشهور كما في المسالك و الكفاية ـ انتـهى .

وهو كماذكره، فقول الجواهر: ان استفادة الضمان من القاعدة المزبورة متوقفـة على الانجبار بفتوى الاصحاب ، اذ لا اقتضاء لها الا عدم مشروعيـة مافيـه الضرر والضرار في الاسلام(١) على معنـى النهي عن ايجاده ، وهو انما يقتضي حرمـة ذلك لاالجبر بالضمان المتوقف على ارادة انتفائه وجوبـه في الدين المنزل على ارادة جبر مايحصل منه فيه بالغرامة ، لانه أقرب المجازاة الى نفيه، بل يمكن دعوى ارادة ذلك حقيقـة من النفى بلاتجاوز، الا ان ذلك كله كماترى لايصلح دليلا كذلك، من دون انجبار بفتوى الاصحاب، فضلاعن الفتوى بخلافه، الى آخر كلامه، محل تأمـّل .

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٤١ الباب ١٢ من أحياء الموات ح ٣ .

اذ قدعرفت الدلالة من لا ضرر ولايتوى(١) وماأشبه، ولاحاجة الى الانجبار ومن أين ذلك بعد الظهور بحجية السند، فعدم فتوى جماعة من الاصحاب من باب الاجتهاد لايضر بالدلالة أو السند كمافي سائر الموارد، فالقول بالضمان في صورتي التسبيب وغيره هومقتضى القاعدة .

ثم قال الشرائع: أما لو قعد على بساط غيره، أو ركب دابته ضمن .

وقال في المسالك: لااشكال في تحقق الغصب مع الجلوس على البساط وركوب الدابة، سواء قصده أملا؟ وسواء كان المالك حاضراً وأزعجه أملا ؟ لتحقق الاستيلاء عليه على وجه العدوان، حيث نعتبره، أومطلقاً، حيث يكتفى به في الضمان، وربماقيل باشتراط نقل المنقول في ضمانه ، فلايكفي مجرد ركوب الدابة من غير ان ينتقل به، والجلوس على البساط كذلك، نظراً الى ان ذلك هو القبض في البيع وغيره كأمثاله من المنقولات، وجوابه منع عدم تحقق القبض مطلقاً بذلك، الى آخر كلامه .

وهو كماذكره، اذ النقل لا خصوصية له، فان مثل : على اليد ما اخذت حتى تؤدى(٢)، وماأشبه من أدلة الغصب ، مماعلق الحكم على الغصب يشمل المقام، وان لم يكن نقل .

نعم ، ينبغي ان يستثنى من ذلك ما اذا كان المالك أو الغاصب أذهب احترام المال، مثلا : فرش في الحرم المطهر سجاداً مغصوباً ، أو فرش نفسه

---

(١) المستدرك : ج ٣ ص ٢١٥ الباب ٤٦ من نوادر الشهادات ح ٥ .

(٢) المستدرك : ج ٢ ص ٥٠٤ الباب ١ من أبواب الوديعة ح ١٢ .

المستدرك : ج ٣ ص ١٤٥ الباب ١ من كتاب الغصب ح ٤ .

ومنع الناس من الجلوس عليه ، أو المرور عليه ، فان في مثل هذا المورد حيث أذهب المالك احترام مال نفسه، أو حيث أذهب الغاصب احترام ذلك، ويكون السبب أقوى من المباشر، لايكون ضمان على هذا الانسان الجالس، أو الماشي ، وكذلك اذا وضع السجاد في الشارع ، حيث الناس لهم الحق في العبور ، فلايمكن ان يقال : ان حقهم يسقط بسبب هذا الفراش، ولو كان الفاعل لذلك غاصباً، وقد نبهنا على ذلك في بعض مباحث [الفقه] .

ولذا قال في الجواهر: التحقيق عدم اعتبار النقل في قبض المنقول في المقامين، بل في كل مقام اعتبر الشارع فيه القبض لتحققه عرفاً باثبات اليد بتصرف ، بل وبدونه ، وان لم يحصل فيه نقل ـ انتهى .

وكذلك اذا كان الجلوس، أو الركوب اضطرارياً، فانه لايعد غاصباً كما اذا كان مقعداً فأركبه انسان الدابة بدون اختياره، فان هذا لايعد غاصباً، وانما يعد السبب، أو أجلسه انسان على فراش الغير، الى غيرذلك من الامثلة .

أما خبر عقبة بن خالد، عن أبي عبدالله عليه السلام ، في رجل اشترى متاعاً من رجل، وأوجبه غير انه ترك المتاع عنده ولم يقبضه؟ قال: آتيك غداً انشاء الله فسرق المتاع من مال من يكون ؟ قال : من مال صاحب المتاع الذي هو في بيته حتى يقبض المتاع ويخرجه من بيته، فاذا أخرجه من بيته، فالمبتاع ضامن لحقه حتى يرد ماله اليه.[1]

فقد ذكر في [كتاب البيع] انه من جهة ان التلف قبل القبض من مال مالكه، لا أن القبض لايتحقق الا بالاخراج من البيت .

---

(١) الوسائل : ج ١٢ ص ٣٥٨ الباب ١٠ من أبواب الخيار ح ١ .

ثم انه لااشكال ولا خلاف في انه يصح غصب العقار ، ويضمنه الغاصب كمافي الشرائع .

وفي الجواهر: ان الاجماع بقسميه عليه، وذلك في قبال قول أبي حنيفة وتلميذه أبي يوسف، من عدم تصور غصبه، لعدم تصور اثبات اليد فيه، وضعف هذا الكلام واضح، وتعبير الشرائع بيصح يريد الامكان كما هو واضح .

ويدل عليه بالاضافة الى العرفية والاجماع المتقدم الروايات التي ذكرناها سابقاً :

مثل قوله عليه السلام : من غصب شبراً من أرض[1]. وقوله : من غصب أرضاً[2]. وحديث : غصب الصديقة فدكا[3]، الى آخر ذلك ، فان غصب كل شيء بحسبه .

ولذا قال في الشرائع : ويتحقق غصبه باثبات اليد عليه مستقلا من دون اذن المالك، وقد ظهر بماتقدم وجه النظر في كلام القواعد ، حيث قال: انه يتحقق الغصب في العقار بالدخول لازعاج المالك، فان أزعج ولم يدخل، أو دخل لا بقصد الاستيلاء ولم يزعج لم يضمن، اذ قد يتحقق الغصب بالدخول ، وان لم ينزعج المالك، مثلا: استولى السلطان على بستان انسان، وترك مالك البستان في البستان، كأنه عابر سبيل، أو كالانسان الذي يتفرج في البستان سواء كان صاحب البستان أوغيره، فان عدم انزعاجه وعدم ازعاجه لايحقق عدم

---

(١) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٦ الباب ٣ من كتاب الغصب ح ٢ .

(٢) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٦ الباب ٣ من كتاب الغصب ح ٢ .

(٣) انظر : الاستغاثة : ص ٣٦ ط إحقاق الحق باكستان ومفاتيح الجنان ص ٣٧١ .

الغصب بعد تحقق صدق الغصب بسبب الاستيلاء .

أما قوله: أودخل لا بقصد الاستيلاء ولم يزعج لم يضمن، فينبغي ان يقال: ان القصد لامدخلية له اذ اعد عرفاً غاصباً، ولولم يكن انزعاج وازعاج للمالك اذ الغصب موضوع عرفي ، وهذا الموضوع العرفي قد يتحقق ولو بدون القصد، وقد لايتحقق حتى مع القصد، كما اذا قصد ضعيف الاستيلاء على بستان انسان ودخل في البستان، لكن صاحب البستان كان قوياً لايخاف، فلا يعد ذلك غصباً عرفاً، حيث ان صاحب البستان هوالمتسلط، وان كان الداخل زعم انه قوى، وان صاحب البستان ضعيف، فان مثل هذا لايعد غصباً عرفاً .

ثم ان الملتقطات قال: هل يختص الغصب في مثل العقار والدار بموضع التصرف كالبيت الذي جلس فيه، والساحة التى وضع فيها شيئاً، أو يكفي التصرف في البعض في صدق الغصب بالنسبة الى جميع الدار ، ولو بالنسبة الى الموضع الغير المتصرف فيها؟ أويفصل بين المواضع المقصودة بالغصب من الدخول فيها وغير المقصودة، فيتحقق بالنسبة الى الاول دون الثاني؟ وتحقيق ذلك : انه لا شبهة فى ان لبعض الاشياء وحدة حقيقية بحيث يعد وضع اليد على بعضه تصرفاً في الكل كالثوب والكتاب والبساط وماأشبه ذلك ، ولبعض آخر وحدة عرفية كالدار والعقار ونحوهما فانها مع انحلالها الى امور متباينة خارجية تعد عرفاً شيئاً واحداً .

و الظاهر ان غصب بعض اجزاء مثل هذه الاشياء اذا اقترن مع قصد خلاف غصب بقية الاجزاء اختص بمورده المخصوص ، فلو استولى على دار ودخلها قاصداً غصب بعض بيوتها متصرفاً فيه مع قصد عدم غصب البيوت الاخر ، فهو ليس بغاصب لغير المتصرف فيه ، ولا ضمان لـه ، وانما تضمن

المتصرف فيه خاصة، والسرفي ذلك عدم مساعدة العرف على صدق الغصب بالمعنى المتقدم عليه بالنسبة الى غيره بعد ماعرفت من اعتبار التصرف الفعلي فيه، وعدم الاكتفاء بمجرد الاستيلاء والقهر ـ انتهى .

ومقتضى القاعدة انه اذا غصب البعض وعدذلك غصباً للكل، كمالوخاف المغصوب منه فهرب، فانه ضامن للكل وغاصب للكل، مثلا: الجائر دخل غرفة من داره، وهو علم انه انما قصد غصب الغرفـة من الدار ، لكنه خاف بطشه المسبب من وروده، فانه يقال عرفاً انه غصب الكل ، اذ انه اذا عداستيلاءاً لم ينفع القصد في عدم جعل الكل مغصوباً .

أما اذا لم يكن كذلك ، يعني لم يكن خوف ، ولم يكن استيلاء عرفي، وقصد الغاصب غصب البعض ، فانه لايعد ذلك البعض الذي لم يقصـد غصبه مغصوباً .

نعم لا ينفع زعم المغصوب منه انه غصب الكل في كونه غصباً للكل ، مثلا: الجائر دخل غرفة، فاذا كان يعلم المغصوب منه انه انما قصد غصب غرفة فقط كان يبقى في الدار في سائر غرفها ، لكن حيث لايعلم ذلك هرب باعتبار انه غصب الكل ، فان الزعم لايصحح انه غاصب للكل اذا لم يكن استيـلاء عرفي للكل، فهو مثل ماإذا غصب الجائر دار زيد فزعم عمرو انه ايضاً غصب داره ، بينما الجائر لم يغصب دار عمروفان مجرد زعمه لايسبب صدق الغصب كما انه لم يكن تويا لحقه وتفويتاً وبطلاناً لحقه، فان الامور دائر مدار الواقع الا ما خرج بالدليل ، وليس الموضـع من المستثنى ، وحيث قـد عرفت ان الغصب تابع للصدق التابع للاستيلاء ، وان لم يكن تصرف ، فاذا لم نعلم

هل ان هذا المستولى قصد أو لم يقصد ؟ فالظاهر انه تابع للصدق العرفي ، فلا مدخلية لقصد العدم أو عدم القصد ، أو قصد الوجود في شيء .

ومنه يعلم ، وجه النظر في كلام المحقق الرشتي ، حيث قال: وهل يعتبر مع ذلك قصد الغصب ايضاً ، أو يكفي عدم قصد الخلاف فيه تردد ، ويظهر الثمرة فيما لوجهل حال الغاصب بموته وغيبته ونحو ذلك ، ولا يبعد رجحان الاول .

فلو علم عدم قصد غصب غير المتصرف فيه ، فالظاهر عدم الغصب ، وعدم الضمان، لكن يمكن ظهور فعل الداخل الغاصب للدار في بعض بيوته في قصده بغصب الكل ، كما يمكن دعوى متابعة هذا الظهور ، ولو لم يعتمد بظواهر الافعال في غير المقام ، وحينئذ فتبقى الثمرة في حال الشك ، كما لايخفى الا ان يكون المجهول الحال ممن لايعتد بظواهر أفعاله ـ انتهى .

فان الامور العرفية لا تترتب على القصد وجوداً وعدماً ، ولا تترتب على التردد حتى يقال باجراء الاصل ، وانما الامور القصدية هي الامور الانشائية التي ليس الغصب ـ باطلاقه ـ منها .

أما ماذكره الجواهر بقوله : الظاهر ان تقييده بقصد الاستيلاء للاحتراز عن الداخل لابقصده ، بل لينظر اليه ليتخذ مثله مثلا، فانه ليس بغاصب عرفاً قطعاً ـ انتهى .

فهو كما ذكره اذ الداخل بقصد النظر ليس بغاصب ، وان زعم صاحب الدار انه غاصب .

نعم ، اذا سبب ذلك خوفه وشروده مما يعد عرفاً انه غاصب كفى ذلك ،

فليس الامر دائراً مدار القصد ، وعـدم القصد ، وانما مدار الصدق ، وذلـك بالاستيلاء لصدق الغصب عرفاً كما تقدم، بل يكفي في الضمان صدق التفويت ونحوه .

وبذلك ظهر ، انه لو دخل الدار بقصد اتخاذ مثلها في داره ، ولـم يكن غصباً عرفاً ، فانهدمت الدار في تلك الحال ، لم يكن ضامناً .

ومنه يظهـر ، وجه النظـر فيما نقله الجواهر عـن التذكرة قال : لكـن لو انهدمت في تلك الحال ، فعن التذكرة في الضمان اشكال ينشأ من انه قـد حصـل التلف في يده ، كما لو أخذ منقولا مـن بين يدي ما لكه لينظـر اليه فتلف ، فان يضمن ، ومـن الفرق بينهما بأن اليد على العقار حكمية لا حقيقية كاليد على المنقول ، فلا بدفي ثبوت اليد على العقار من أمر آخر ، وهو قصد الاستيلاء ـ انتهى .

ومراده قصد الاستيلاء ، مع فعليته كما هو واضح ، اذ مجرد القصد بأن يستولى بدون الاستيلاء الفعلي لايحقق الغصب ، فاذا تحقق الاستيلاء لم يعتبر قصده ، واذا لم يتحقق الاستيلاء لم يضر قصده ، وحيث قدعرفت ان المعيار الصدق فلو دخل الضعيف على القـوي بقصد الاستيلاء ، فليس بغاصب ، اذ لاأثر لقصد شيء لايتمكن من تحقيقه .

ولو دخل القوى على الضعيف مستولياً بحيث اضمحلت يده ، فـالمتجه كونه غاصباً للجميع، ولافرق في هذين الموضعين بين الازعاج وعدمه ، كما ذكره الجواهر ، وتقدم الالماع الى ذلك .

ولو اخرج انسان انساناً عن داره، أو بستانه، أو دكانه أو ما أشبه ، وصدق الاستيلاء كان غصباً، سواء دخل أو لم يدخل ، كما اذا ارسل الجائر مأموريه

فاخرجوا من في دورهم بقصد ان تكون من ممتلكات الجائر أو ما أشبه ، وان لم يصدق الاستيلاء لم يكن غصب ، كما اذا أخرجه عن داره بأن خوفه أو ألقى في داره أسداً أو سبعاً أو حية أو ما أشبه ، مما انزعج فخرج ، فانه حيث لايكون الاستيلاء لايكون غصب ، كما يستفاد من العرف .

ولا فرق بين أن يكون المستولى والمنزعج كلاهما قوياً ، أو كلاهما ضعيفاً، أو أحدهما قوياً ،والاخر ضعيفاً ، مثلا: جاء ضعيف وأظهر نفسه بمظهر القوي فأخرج قوياً من داره واستولى عليها بزعم القوى ان المستولى أقوى منه، فانه غاصب، وان لم يكن في الواقع قوياً، وانما أظهر القوة بأنه مربوط بدولة كذا ، أو بعشيرة كذا ، مثلا ، اذ المناط في تحقق الاستيلاء المحقق للغصب وقد تحقق ، وجهل القوى الذي انزعج عن داره لايوجب ان لايكون غصب، حيث انه قوي ، والمزعج ضعيف .

وبذلك يظهر ، وجه النظر فيما في الجواهر من قوله: ولو أزعج القوي لمثله ولم يدخل ، أو القوي الضعيف كذلك ، ففي تحقق الغصب اشكال ينشأ من ان قبض العقار يكفي فيه التمكن من التصرف والتخلية وتسليم المفتاح ، كما سبق في البيع ، وبذلك يدخل تحت يد المشتري في ضمانه ، فيجب أن يكون هذا القدر كافياً في صدق الغصب ، كما ان العرف قاض بأن الغصب انما يتحقق بالدخول ، وان الاستيلاء به يحصل ، ونحو ذلك قال في التذكرة هنا ، وفي التحرير جزم باشتراط الدخول، والمسألة موضع تردد ، ولايتصور ازعاج الضعيف القوي ، الى آخر كلامه .

ومنه يعلم ، انه اذا دخل الضعيف دار القوي الخالية ، وعلم القوي بذلك

وكان يعلم انه ضعيف، لكنه لم يطارده لمصلحة له في عدم المطاردة ، فان هذا الضعيف غاصب ، فليس المعيار الضعف والقوة، وانما المعيار صدق الغصب وعدم صدقه .

ولذا قال في الجواهر: ولعل الاولى ايكال الامر في صدق الغصب ،وصدق أخذ اليد الى العرف الذي هو المرجع في نحو ذلك ضرورة عدم حصول كشف العرف في صورة دخول الضعيف على القوي، واستيلائه على ما تصرف فيه وثبت يده عليه ، فان عدم تحقق الغصب به بناءاً على انه الاستيلاء ممنوع، اذ قوة المالك لاتنافي صدق الاستيلاء واثبات اليد من الضعيف ، وأوضح من ذلك استيلاء الضعيف دار المالك القوي الخالية عنه ـ انتهى .

ومنه ظهر ، وجه النظر في قول المحقق الرشتي قال : لو كان الساكن ضعيفاً والمالك قوياً ، ففي الشرائع والقواعد عدم الضمان، مع حضور المالك ووجهه عدم تحقق الاستقلال والاستيلاء المعتبرين في معنى الغصب مع الضعف والحضور ، لكن في اللمعة نسب عدم الضمان الى قيل مشعراً بتمريضه ، كما فهمه في الروضة بقول مطلق ، من غير تفريق بين حضور المالك وغيبته ، ولعله لقاعدة اليد ، بناءاً على جريانها في مثل يد الاخذ بالسوم والماسي والساهي وأشباههما ، مما لااستقلال هنا ولااستيلاء .

بل في الروضة : ووجه ظهور استيلائه على العين التي انتفع بسكناها ، وقدرة المالك على الدفع لايرفع الغصب مع العدوان ، وفيه منع تحقق الاستيلاء ، وتحقق العدوان لايستلزم تحققه ـ انتهى .

اذ أولا : تعليله بأن ذلك من جهة اليد غير وجيه بعد تصريحه في الروضة بظهور استيلائه على العين ، كما ذكره في كلامه .

وثانياً : ان قوله: وفيه منع تحقق الاستيلاء، غير ظاهر الوجه ، اذ قديكون استيلاء كما ذكرنا في ان الضعيف يستولى على ملك القوي ، والقوي لمصلحة لايدفعه ، فهل هذا لايسمى غصباً ولايسمى استيلاءاً ، فانه لاشك في صدق الاستيلاء والغصب ، فيتبعه حكمه .

ومن ذلك يظهر ، وجه النظر في كلامه الاخر ، حيث قال : وأما قاعدة اليد ففيها مؤاخذة لمنع تحقق اليد في مثل الدار من غير المنقولات، مع عدم تحقق الاستيلاء ، ولذا لايضمن من دخل دار غيره عدواناً ، عبوراً أو لغرض آخر من الاغراض غير السكنى ، لان مجرد الدخول في الدار أو الارض أو العقار ونحوها ، بل ومجرد السكنى والانتفاع ايضاً لايعد في العرف تصرفاً ويداً ـ انتهى .

اذ فيه أولا : هو استيلاء .

و ثانياً : و ان لم يكن استيلاء فرضاً ، لكنه لا اشكال في صدق تحقق اليد عرفاً ، فهل لايسمى من دخل دار غيره وسكنها انه لا يد له عليها .

و مما تقدم ظهر ، حال الاشتراك ، كما اذا دخل انسان دار غيره عنوة و سكنها مع ذلك الغير، سواء كانا ضعيفين أو قويين، أو أحدهما قوياً ، والاخر ضعيفاً حتى في مثل ما اذا كان مالك الدار قوياً، لكن لم يطرد الداخل لمصلحة أو لانه زعم انه قوي مثله، أو انه أقوى منه فلايتمكن عليه، فان في هذه الصور يشترك الغاصب مع صاحب الدار في توزيع الدار بينهما، فيكون على الداخل بمقدار ما يراه العرف غاصباً، فقديكون بقدر الثلث، وقد يكون بقدر النصف، وقد يكون بقدر الربع .

و لو شك في زيادة النسبة و نقصانها ، كما اذا شك في انه هل غاصب

لنصف الدار أوثلثها ؟ فمقتضى القاعدة ان الاصل الاقل ، و ليس هذا الاصل معارضاً بأصل الاقل في جانب صاحب الدار، لان هذا هو الضامن الذي يجب عليه الدفع .

أما صاحب الدار ، فلا أصل بالنسبةاليه ، مما يؤثر شرعاً في شيء ، و لافرق بين الدخول على الساكن أو الاستيلاء على المستولي، مثلا: زيد غصب دار عمرو باستيلائه عليهابدون دخولها، فجاء خالد واشترك مع الغاصب الاول في غصبه الدار ، حيث أصبحا غاصبين ، فانه يكون الضمان بينهما ، من غير فرق بين أن يستولى على الدار مرة واحدة، أو يستولى على الدار تدريجاً ، لتحقق الغصب بكلا الدخول والاستيلاء بدون الدخول كما تقدم .

بل و كذا الحال اذا كان أحدهما مستولياً بدون دخول ، و الاخر داخلا بدون استيلاء .

أما ما ذكروه في صورة دخول القوي على الضعيف مستولياً من اضمحلال يد المالك، و كونه غاصباً للجميع، فمرادهم ماهو الغالب لا صورة عدم اضمحلال يد المالك ، كما قاله الجواهر : اذ يمكن منعه مع فرض بقاء تصرف المالك، و عدم رفع يده خارج عن الفرض ، و لذا قال أخيراً : اللهم الا ان يفرض دخوله على وجه لم يبق له يد أصلا ، و كان الجميع في يد القوى و استيلائه، وربما يشهد لذلك ما عن بعض النسخ من فرضه على هذا الوجه ـ انتهى .

وعلى هذا فالفرض أربعة :

الاول : اضمحلال يد المالك اطلاقاً .

الثاني : عدم اضمحلال يده اطلاقاً .

الثالث : اضمحلال يده بقدر النصف .

الرابع : اضمحلال يده لابقدر النصف ، وانما بالقدر الاكثر، أو بالقدر الاقل ، ولكل حكمه كما هو واضح .

ومما تقدم يظهر وجه النظر في قول المحقق الرشتي ، حيث قال: لوسكن الدار مع مالكها، فان كان المالك ضعيفاً، يعني غير قوي على الغاصب الساكن ففي ضمانه الكل، أو النصف، أو عدم الضمان مطلقاً وجوه وأقوال ، والمختار في المسألة أوسطها ، وان الساكن المجامع للمالك غير متصرف على وجه الاستيلاء والاستقلال الا في النصف ، فيكون ضامناً له خاصة ومن ذلك يظهر وجه القولين ـ انتهى .

اذ قد يكون المالك قوياً ، والغاصب ضعيفاً ، وانما لايخرجه لمصلحة ، فيكون حكم الغاصب حكم الخادم في الدار حيث انه لايقال انه مستول على الدار ، أوعلى بعضها ، وقد يكون العكس بحيث يكون المالك لاشأن له ، كما تقدم في مثال ما اذا دخل الجائر مكاناً فصار المالك كأحد عبيده وخدمه ، لاشأن له بأن اضمحلت يده .

وقد يكون الامر بين المالك والغاصب ، وفي هذا الحال قد يكون على نحو الاشاعة، وقد يكون على نحو المعين، فيكون نصف الدار في يد الغاصب ونصفها في يد المالك مشاعاً أو كل واحد اختص بنصف الدار ، أو اختص أحدهما بالاكثر ، والاخر بالاقل، سواء على نحو الاشاعة، أو على نحو الكلي في المعين ، والاحكام تختلف في هذه الصور .

وسيأتي لهذا مزيد توضيح في مسألة الدابة المغصوبة التي غصبها الغاصب وكانت أيضاً بيد المالك في الجملة، فاحتمال المحقق الرشتي القرعة غير ظاهر

الوجه قال : كما اذا كان يد أحدهما على أحد طرفي كتاب وثوب ونحوهما ويد الاخر على الطرف الاخر ، فانه لاوجه للقول بدلالة كل واحد على ملكية الطرف الخاص الذي تعلق به ، ولا على الدلالة على ملكية النصف المشاع لعدم تعلقه بكل جزء جزء من تمام العين ، كما في الفرض السابق حتى يدل على ملكية النصف المشاع .

فالظاهر تنزيلهما على النصف المشاع جميعاً كتنزيل البينتين، لان مثل هذا التصرف ، وان لم يكشف عن الاختصاص المطلق الدال على ملكية الكل فعلا ، الا انهما يدلان على ذلك شأناً، وقضية اجتماع الاسباب الشأنية في مورد واحد شخصي التزاحم والتعارض في تمام ذلك المورد ، فيرجع في أعمال أحدهما دون الاخر الى القرعة أو التنصيف أو غيرهما جمعاً ـ انتهى .

ولافرق في المسألة السابقة بين أن يسكن الغاصب بنفسه أو أن يسكن غيره ، ولذا قال في الشرائع : وكذا لو أسكن غيره ، وعلق عليه الجواهر بقوله : بعنوان الاذن منه والرخصة من غير فرق بين جهل الساكن بالحال وعلمه وان كان في الثاني يكون كل منهما غاصباً ، كما ان كلا منهما ضامن في الاول، وان لم يكن الجاهل غاصباً لعدم علمه بالحال الا انه ضامن باثبات اليد واستيلائه على مال الغير بغير حق في الواقع ، فهو كالغاصب في ضمان العين والمنفعة ، وان لم يسم غاصباً اصطلاحاً ـ انتهى .

فانه كلام تام ، الا قوله : وان لم يسم غاصباً اصطلاحاً ، فانه غاصب لكنه لايعاقب عقاب الغصب ، فان لفظ الغصب كلفظ الزنا والكفر والملك وغير ذلك لايختلف في التسمية بها العلم والجهل والذكر والنسيان ، فالزاني زان وان لم يعلم هو انه زنى ، لكنه زنا لايعاقب عليه والكافر كافر ، وان لم

يعلم انه كافر ، بل بالجهل المركب زعم انه مؤمن غاية الايمان .

نعم ، الفرق انه لايعاقب على كفره اذا لم يكن عالماً أو جاهلا مقصراً، وكذلك في الغصب وسائر الالفاظ ، اللهم الا ان يريد الجواهر بعدم تسميته غاصباً اصطلاحاً، الغصب الذي له الاحكام الخاصة من العقاب والتعزير وغير ذلك ، لكن ظاهر كلامه عدم التسمية غاصباً اطلاقاً ، وكذلك الغاصب مضطراً أو مكرهاً يسمى غاصباً ، وانما ليس عليه عقاب الغصب دنيا وآخرة .

قال المحقق : فلو سكن الدار مع مالكها قهراً لم يضمن الاصل، ومراده بالاصل جميع الدار كما فسره به الجواهر ، وقال الشيخ : يضمن النصف وفيه تردد منشائه عدم الاستقلال من دون المالك ـ انتهى كلام الشرائع .

لكن الجواهر علق عليه بقوله : ولم نجده لاحد ممن تقدم فضلا عن الجزم وعدمه، وان حكاه المصنف في النافع قولا، بل عن التنقيح نسبته الى المبسوط الا انا لم نتحققه ، وعلى تقديره فهو واضح الفساد ورؤية صدق الغصب بذلك عرفاً المقتضى لاعتبار الاستيلاء فيه دون الاستقلال .

والعرف اعدل شاهد ،ومقتضى ذلك عدم الضمان على الشخصين المشتركين في غصب شيء واحد على وجه الاستقلال لكل منهما، وهو معلوم الفساد ، و تبعه في الاشكال على الشرائع بذلك المحقق الرشتي .

ثم ان الجواهر قال : أما بالنسبة الى المنفعة ، فيضمن الغاصب كل منفعة للعين التي صارت في يده واستيلائه سواء استوفاها أولا .

نعم ما استوفاها المالك منها تسقط عـن ضمانه باعتبار استيفاء المالك لها ـ انتهى .

و فيه مناقشتان :

الاولى : ان المنفعة التي صارت تحت استيلاء الغاصب بـدون انتفاعـه بها لايوجب مطلقاً ضمانه كما تقدم في مثال ان انساناً لم يسكن داره ، وانما تركها وشأنها، ثم جاء غاصب واستولى عليها، فانه لايظهر لزوم اعطاء المنفعة، اذ مثل هـذه الدار لا يعدلها منفعة قـد ابطلت بسبب الاستيلاء المجرد مـن الغاصب .

نعم ، اذا سكنها أو أسكنها كان موجباً للضمان ، فدليل اليد وحقوق المسلمين لاتبطل ، و لا يتوى حق امرء مسلم وفوّتها وما أشبه ذلك يشك في شمولها، مثل المقام خصوصاً في المثال الذي تقدم سابقاً من انه جعل حاجزاً أمام باب الدار، حيث لايتمكن داخل من الدخول ولاخارج من الخروج فرضاً ، فان الدار اذا كانت متروكـة لاشأن للمالك فيها لايسبب هـذا العمل من الغاصب الضمان للمنفعة ، لانه لم يستوفها و لم يضع يداً عليها على تأمّل أو اشكال، فيما اذا كان استيلاء ،لا ما اذا كان جعل حاجز .

و أما الثانية : فهي في قوله: نعم ما استوفاها المالك منها تسقط عن ضمانه باعتبار استيفاء المالك لها، فانه يجب أن يقيد بما اذا لم يكن استيفاء المالك استيفاءاً باعتبار المجانية بجهل أو غفلة أونسيان من المالك، والا كان الغاصب ضامناً حتى لهذه المنفعة .

فان ذلك مثل ما ذكروا فيما اذا أهدى الى انسان شاةنفسه أو دجاجةنفسه، والمهدى اليه لايعلم ان الدجاجة والشاة له، فذبحهما وأكلهما بعنوان الهدية، فان الغاصب ضامن، ولايقال : ان المالك حيث أكلهما لايكون الغاصب ضامناً، ففي المقام أيضاً اذا غصب الدار الغاصب والمالك لايعلم بانها داره، ثم الغاصب

اسكن المالك الدار بعنوان الهدية وما أشبه، فانالغاصب ضامن لمنفعة الدار، ولعين الدار .

ثم انه قد يكون للغاصب الاستيلاء مطلقاً، اي ان المالك لايتمكن لا من بيع الدار،ولامن سكناها، ولامن اجارتها وماأشبه، وهذا لاشكفي تحققالغصب بجميع خصوصياته فيه .

وقديكون الغاصب استولى علىبعض جهات الدار، لاعلى كل الجهات، كما اذا سكنفي الدار ، لكن المالكيتمكن من البيع ونحوه، أوان الغاصب استولى على بيع الدار بأنكان قاهراً فاعلم انه لايجوز لاحد أن يشتريالدار، أو ان يستأجرها .

أما المالك فهو وشأنه في سكنىالداروالانتفاع بها، فهل في القسم الثاني يكون غاصباً مطلقاً ، أو لا عن الرياض تبعاً للكفاية لابد من التقييد بكونه متصرفاً في النصف مثلا، بحيث يمنعالمالك من أنواع التصرفات فيه كالبيع و الهبة و أمثالهما ، لامجرد السكنى ، و أشكل عليه الجواهر بقوله : و فيه انه يكفيفيضمانه النصف اثبات يده بالسكنى على الاشاعة، وان لم يمنعه عن التصرفات المزبورة لصدق على اليد .

أقول : الظاهر انه لا يسمى غاصباً اذا منع من البيع أو الايجار أو ما اشبه .

أما اذا منع عن السكنى، وتمكنالمالك من البيع ونحوه منعاً بالاستيلاء لامنعاً بجعل الحاجز، كما تقدم في بعض الامثلة ، فالظاهر انه يصدق عليه انه غاصب، كما ذكره الجواهر، ولافرق فيذلك بين كون الامرينفي كل الدار

كما مثلناه ، أو في جزء الدار كما مثلوه .

ثم انه اذا كان المالك والغاصب كلاهما في الدار على نحو الاشاعة بأن كان كل واحد يتصرف في كل الدار ، فالظاهران الغاصب انما يضمن نصف الدار ، لانه غاصب للنصف عرفاً ، وليس غاصباً للكل ، ولذا حكى ذلك عن مجمع البرهان ، وقال بعض من تأخر عنه تبعاً له : لافرق بعد فرض تصرفهفي قدر النصف ، أو أقل أو أكثر ، لان المتصرف في جميع الدار ، مثلا اثنان، فيحال الضمان عليهما كالجنايات .

فلوجنيا عليه ومات من جنايتهماكانت الدية عليهما نصفين، وانكانأحدهما جرحه ألف جرح، والاخر جرحاً واحداً .

أقول : في مثاله نظر، وانكان أصل موضوعهمقتضى القاعدة كماذكرناه، ولذا لايرد عليه اشكال الجواهر، وان ورد عليه اشكاله فيمثاله قال: انهلايقاس المقام الذي بناء الضمان فيه على قاعدة اليد على الجناية التييصدق انهما معاً قتلاه ، وان تعددت جناية أحدهما دون الاخر، بخلاف المقام الذي فرض فيه صدق الاستيلاء على الجميع واليد على كل منهما، فيضمن الجميع من كانت يده يدضمان دون الاخر، اذ ليس يدكل منهما على النصف حتى يختص ضمانه به ـ انتهى .

وانت خبير بما في تعليله بقوله : اذليس الخ، اذكل واحد منهما مستول على النصف في الفرض .

نعم، اذا فرض ان أحدهما مستول على ثلاثة أرباع، والاخر مستول على الربع أو ما أشبه، كان التقسيم حسب ذلك، مثلا: كان المالك واحداً، و كان الغاصب ثلاثة، أو بالعكس بأن كان الغاصب واحداً، وكان المالك ثلاثة فيما

انتفع الكل بنسبة واحدة، فان من كان أكثر يكون انتفاعه أكثر، ويتبع الانتفاع الضمان كما هو واضح .

وكذلك لوصار الغصب كالمهايات، مثلا : ان المالك يسكن الدار كل أسبوع يوماً، والغاصب يسكنها ستة أيام، أوبالعكس، فان النسبة تكون حسب ذلك، ولعل أبا العباس أراد ماذكرناه، فيما حكى من كتابيه من ان الغاصب لايضمن من الاجرة الا قدر ما ينتفع به من السكنى .

وعليه فلا يرد عليه اشكال الجواهر بأن المتجه ضمانه لكل منفعه عدا ما استوفاها المالك من غير فرق بين ما استوفاها، ومالم يستوفها ، لان يده يد ضمان على العين وعلى المنفعة، بل القائل بالتنصيف يضمنه منفعة النصف ، و ان لم يستوفها ـ انتهى .

ثم انه ان كان لكل من المالك والغاصب عائلة تختلف كثرة وقلة، مثلا : كانت عائلة المالك عشرة، وعائلة الغاصب تسعة، فهل هنالك ايضاً تنصيف، او حسب الافراد ؟ الظاهرانه مرجوع الى العرف، فاذا رأى العرف انهماعائلتان ساكنتان على كل منهماالنصف في موردالاجرة وما أشبه، فاللازم القول بالنصف هنا ، وان رأى العرف ان المنفعة بحسب عدد الافراد ، فاللازم ان نقول هنا ايضاً الغصب بحسب عدد الافراد، ويتبعه الضمان، ولعل الموارد مختلفة،مثلا : كان المالك ونفران من عائلته ركبا سيارتهم للسفر، وجاء الغاصب مع أربعة من عائلته ، حيث ان العرف يرون ان الغاصب أكثر انتفاعاً، فضمانه أكثر .

ولوانعكس رأوانه أقل انتفاعاً، فضمانه أقل ، أما في مثل سكنى الدار وما اشبه، فلا يختلف الحال عند العرف الابزيادة كثيرة في عائلة أحدهما.

ولو شك في الضمان الاكثر، كان الاصل العدم .

قال في محكى الرياض : ان ظاهر العبـارة ونحوها من عبائر الجماعـة يقتضي عدم الفرق في ضمانه النصف بين وحدة المالك وتعدده فيحتمل تخصيصها بالصورة الاولى ، والرجـوع في الثانية الى الضمان بالنسبة ورده الجـواهر بقوله: قد عرفت ان ضمان العين يتبع اليد والاستيلاء ، فمع فرض صيرورتها اجمع تحت يده على وجه لاينافي كونها مع ذلك تحت يد المالك يتجه الضمان نعم ، لو فرض تصور كون الداخل تحت يده النصف مشاعاً أو الثلث كذلك من دون تصرف في الجميع اتجه حينئذ ضمان ذلك عليه خاصة ـ انتهى .

وماذكره الجواهر أقرب، حيث قد عرفت ان الميزان الاستيلاء ووحدة المالك وتعدده لامدخلية له في ذلك، كما ان وحدة الغاصب وتعدده بأن يكون مع جملة من عائلته لامدخل له في الحكم .

ولو اختلف قدر المنفعة والغصب ، فالظاهر ان لكل حكمه ، مثـلا : كان النصف بيده ، لكن انتفاعه بقدر الثلثين ، أو كان الثلثان بيده ، لكن انتفاعـه بقدر النصف، مثلا : سيارة غصب نصفها ، لكن أركبها بقدر ضعف مايركب في النصف ، فان الضمـان بالثلثين ، بينما الغصب للنصف ، وهذا هو الـذي اختاره صاحب الجواهر حيث قال : وأما المنفعة فيضمن منها منفعة ماكان في يده ، من غير فرق بين مااستوفاه وغيره، عدا مااستوفاه المالك، نعم لوفرض كون مافي يده النصف، ولكن نسبة انتفاعه بها الى انتفاع المالك ثلثان وثلث اتجه حينئذ ضمان النصف للعين والثلثين للانتفاع ـ انتهى .

ومنه يعلم ، حال العكس ، وان الجواهر يقول بعكس الحكم في عكس فرض الموضوع ، والسران لكل من الغصب والضمان دليله ، فلا تلازم بين

الامرين حتى يكون دليل الضمان سار الى الغصب، أو دليل الغصب سار الى الضمان .

وكيف كان ، فقد ظهر مما تقدم وجه النظر في كلا قول الشرائع : ولو كان الساكن ضعيفاً عن مقاومة المالك لم يضمن ، ولو كان المالك غائباً ضمن.

اذ يرد على الاول : ان المعيار في الغصب ليس الضعف والقوة ، وانما صدق الغصب الذي قد يتحقق مع ضعف الساكن، هذا بالاضافة الى ان الضمان موجود ، ولو لم يكن غاصباً ، اذ قد سبق انه لاتلازم بين عدم الغصب ، وعدم الضمان .

كما انه يرد على الثاني : ان المالك لوكان غائباً ضمن ليس مطلقاً ، فانه لااعتبار ببعد الضامن أو قربه، وانما الاعتبار بصدق الغصب ، وعدم صدقه من جهة أحكام الغصب وباليد وبعدمه من جهة اعتبار الضمان، حيث انه اذا دخل في قوله ﷺ : على اليد ماأخذت ضمن(١). وان لم يصدق الغصب ، لكن لا يبعدان مراد الشرائع بالحكم الثاني ماإذا كان غيبة المالك سبباً لقوة الساكن ولذا قال في القواعد : ويضمن لوكان القوى نائياً .

وفي مفتاح الكرامة قال: كما في الشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد وجامع المقاصد والمسالك والروضة ، وفي الاخير : انه لاشبهة في الضمان وعلله في التذكرة بأن الاستيلاء حاصل في الحال ، وأثر قوة المالك، انماهي سهولة ازالته والانتزاع من يده فكان كما لو سلب قلنسوة ملك ، فانه يكون غاصباً ، وان سهل على المالك انتزاعه وتأديبه .

---

(١) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٥ الباب ١ من كتاب الغصب ح ٤ .

ولذا الذي ذكرناه اشكل الجواهر في كلا فرعى الشرائع قال في الفرع الاول : وأما ضمانـه من حيث اليد ، فقد عرفت الحال فيه ، وان المتجـه فيه الضمان .

وقال في الفرع الثاني : ولايخفى عليك ان مثله آت في الحاضر القوى ضرورة عدم الفرق في سكناه مع عيال المالك بين حضور المالك وغيبته، وكذا سكناه في دار المالك القوي الخالية التي صرح في التحرير بضمانها، ولايراد بالاخذ المستفاد من قوله : على اليد ،أزيد من هذا .

وقد ظهر مماتقدم (حيث قلنا انه لايشترط قصد الغصب في تحققه ،لانه يطلق الغصب حتى على ماإذا كان بدون قصده، كما اذا زعم زيد ان الدار له، فأخذها من عمرو المالك فانه يطلق عرفاً انه غصب دار عمرو): ان قول القواعد: فان قصد فهو غاصب،محل نظر، وان نقل مثله غير واحد عن جماعة من العلماء .

نعم، عن الدروس انه لورفع كتاباً بين يدي المالك ، فان قصد الغصب فهو غاصب، وان قصد النظر اليه ففي كونه غاصباً الوجهان .

وأشكل عليه الجواهر بان منشاء الوجهين المذكورين في كلامه سابقـاً الشك في ان الغصب الاستقلال، أو الاستيلاء، وهما معاً في الفرض حاصلان.

أقول: لعل وجه احتمال عدم كونه غصباً، انه حيث لم يقصده لم يسم العرف اياه غصباً والاخذ غاصباً .

(مسألة ـ ٢ ـ) قال في الشرائع : ولو مد بمقود دابة فقادها ضمن ولا يضمن لو كان صاحبها راكباً لها .

وقال في القواعد: ولو مد بمقود دابة فقادها ضمن، الا ان يكون المالك راكباً قادراً (فزاد لفظ قادراً) ونقلـه مفتاح الكرامـة عن جامع المقاصد و المسالك والكفاية وقال: هو معنى قوله في الارشاد ضمن، الاان يكون المالك راكباً الا مع الالجاء .

وفي الدروس: لو مد بمقود دابة وصاحبها راكبها، فلااستقلال الا مع ضعفه عن المقاومة وزيد في اللمعة والروضة الوصف بكونه مستيقضاً .

أقول: مقتضى القاعدة هو الاستيلاء، فان كان كلاهما مستولياً كان غصباً للنصف، وان كان الغاصب مستولياً كان غصباً للكل، وان كان الراكب مستولياً لم يكن غصباً، والمحكي عن الشيخ قوله بعدم الضمان هنا ، مع قوله بضمان النصف لوسكن مع المالك في داره .

ولذا أورد عليه في التذكرة بأن الفرق بين الدار والدابـة غيرواضح ، فمقتضى قولـه بضمان النصف في ساكن الدار ، قوله بالضمان بقود المقرود مع ركوب المالك ، واشكالـه عليه تام ، وان قال المحقق الرشتي راداً على التذكرة التحقيـق ان ما اعترضـه في التذكرة على الشيخ من ان اللازم على مذهبه ضمان النصف هنا أيضاً ليس في محله، بل لابد من القول بالضمان في الكل .

كما في ظاهر القواعد واللمعة، أوعدم الضمان رأساً، كما في الشرائع، والسر في ذلك ان بعض الايادي المشاركـة لا يمكـن تنزيلها على النصف

المشاع كمافي مثل الثوب و الكتاب والبساط ومنه المقام، لان اليدين المجتمعتين على الدابة كالركوب والقود منزلتان في العرف على التزاحم والتعارض ، أو على الاصالة و التبعية بأن يكون أحدهما أصيلا ، والاخر أجيراً أو مستأجراً .

وأما القول بأن يده على النصف، فلا وجه له ، اذ فيه بعد استيلاء كل منهما ان الحال لايخرج عن ان يقال بأن الغاصب هو المستولى، أو ان المالك هو المستولى، أو لااستيلاء، أو ان أحدهما أكثر استيلاءاً، أو انهما مستوليان على النصف ، ومقتضى توارد العلتين على شيء واحد هو الاخير ، فلم يظهر وجه للقول بعدم الغصب مطلقاً ، أو بغصب الكل ، وكذلك الحال في الامثلة التي ذكرها في الملتقطات كالثوب والكتاب والبساط .

فاذا كان ثوب بيد نفرين المالك والغاصب ، وكذلك الكتاب والبساط أو القلم أوما أشبه، لم يكن وجه للقول بغصب الجميع، أوعدم غصب الجميع أوزيادة أحدهما على الاخر في الغاصبية ، وانما مقتضى القاعدة ان على كل منهما النصف .

ولذا أشكل الجواهر على عدم القول بالتنصيف بقوله : وفيه انه لايتم على القول بالتنصيف عند التداعي، كما عن الخلاف والسرائر وثاني المحققين والشهيدين ، بل عن ثاني الشهيدين التصريح في باب الديات بأن جنايتها بيدها على القائد والراكب بالتنصيف فيضمن النصف أيضاً هنا باعتبار اثبات يده مع يد المالك، كما لوركبها معه .

أما قوله : بعد ذلك ، بل قد يقال: بضمانه الكل في الفرض باعتبار صدق

الاستيلاء والاخذ الذي لا ينافيه قدرة المالك على الدفع ، اذا لم يدفع ، كما اذا لم يكن راكباً لها وكان حاضراً قادراً على الدفع، أقصاه اثبات يده ، ولاينافي ذلك يد الغاصب ، بل ولااستقلاله ولااستيلائه وأخذه واحتوائه ـ انتهى .

غير ظاهر الوجه، اذ الكلام في استيلائهما معاً بحيث لولااستيلاءأحدهما كان استيلاء الاخر تاماً ، وهذا الذي قاله غير ذلك الفرض .

وبذلك ظهر، انه لافرق في ضمان النصف بين كونهما راكبين على حد سواء أو سائقين أو قائدين أو بالاختلاف، أو احدهما يجره من ذنبه، والاخر يجره من رأسه ، فان الجميع مشترك في كون الاستيلاء لكليهما الموجب لكون كل واحد مستولياً على النصف، والظاهر ان من الاستيلاء ما لو اخاف الدابة حتى اخذت تركض الى داره ، أو الى بستانه مثلا ، أو أراها علوفة فأخذت تركض الى ذلك المكان مما لااختيار للمالك وكان عرفاً هذا الانسان المخوف والمري للعلوفة مستولياً ، حاله حال ما اذا وضع مغناطيساً فجذب حديد غيره ، فانه قبل وقوع الحديد في يد هذا الانسان الواضع المغناطيس يعد مستولياً باعتبار جذبه ، ولافرق في الجذب بين الجذب الاختياري كما في الدابة ، والجذب الاضطراري كما في الحديد .

وكذا لو أرى الشاة ذئباً مما سبب سقوط الشاة لانهيار أعصابها أو أرى الحمار سبعاً مما سبب سقوط الحمار لانهيار أعصابه ، فان كل ذلك يعد استيلاءاً مما يعد غصباً .

ثم قال الجواهر : وعلى كل حال فلاخلاف ولااشكال في ضمانه لها لو

اتفق تلفها بقوده لها ، وان كان الراكب قوياً على الدفع ، بل لايبعد ضمانه لمنفعتها التي فاتت على المالك بقوده ، وكذا لو ساق الدابة وكان لها جماح فشردت بسوقه فوقعت في بئر ضمن ـ انتهى .

أقول : مقتضى القاعدة ان الاستيلاء لو كان للغاصب وحده كان ضامناً للكل، وان كان للمالك وحده لم يكن على الغاصب ضمان، وان كانا متشاركين كان على الغاصب نصف الضمان، سواء بالنسبة الى العين أو بالنسبة الى المنفعة.

اما فرعه الاخير، فهو على وفق القاعدة اذا كان هذا الغاصب السائق يعد سبباً ، وحال السيارة في زماننا حال الدابة في كل ما ذكر ، اذ لافرق بين الشيئين في الملاك المذكور، وكذلك حال القطار والطائرة والسفينة والدراجة والدراجة الهوائية وغيرها من الوسائل ، وقد تقدم انه لايشترط القصد في تحقق الغصب ، فلافرق في الغصب والضمان بين زعمه انه له ، وبين علمه بأنه ليس له .

(مسألة ـ ٣ ـ) غصب الحيوان الحامل غصب لحمله أيضاً ، بلااشكال ولاخلاف .

قال في الشرائع: وغصب الامةالحامل غصب لحملها لثبوت يده عليهما، وعن التحرير انه قال : لو غصب الامة الحامل كان غصباً للحمل ، فلو تلف الحمل الزم بقيمته بأن يقوم الامة حاملا وغير حامل، ويلزم بالتفاوت ولو تلف بعدالوضع الزم بالاكثر من قيمته وقت الولادةالى يوم التلف، وكذا البحث في الدابة الحاملة ـ انتهى .

أقول : مقتضى القاعدة انه باستيلائه على الحمل ، والحامل يكون غاصباً لهما ، سواء علم بالحمل ، أو لم يعلم ، اذ قد سبق ان العلم لاأثر له في تحقق الغصب، ولايحتاج الى القصد ، وحينئذ فلو تلف أحدهما دون الاخر أو تلفاً معاً سواء بعد الوضع أو قبل الوضع كاناللازم ضمانه للتالف بأعلى القيم من يوم الغصب الى يوم الاداء ، فاذا هزل بعد السمن كان ضامناً للسمن ، واذا سمن بعد الهزال كان ضامناً للسمن ايضاً ، وهكذا في سائر الشئون .

ولذا يظهر انه لاوجه لاحتمال قيمة وقت التلف ، وان احتمله المسالك والجواهر .

قال في الجواهر : وان تلف أو تلف بعد الوضع ، ففي المسالك الزم بالاكثر من قيمة الولد وقيمتها حاملا ان اعتبرنا الاكثر ، والا فقيمته يوم التلف، ولعل المراد قيمة الولد يوم التلف ، فيكون المعنى انه اذا تلف الولد بعد الوضع غرم الاكثر من قيمة الولد الى يوم التلف، مضافاً الى الاكثر من تفاوت قيمتها حاملا وحائلا ، وعلى القول باعتبار وقت التلف كان عليه قيمة الولد حينه ، وقيمة التفاوت كذلك ان كان ـ انتهى .

اذ قد عرفت انه لما كان ضامناً لزم أن يكون ضامناً لاعلى القيم ، لشمول دليل اليد وغيره له .

نعم ، الظاهر انه لو سبب الغاصب الحمل ، أو سبب النمو للحمل ، أو سبب النمو للام كان شريكاً بقدر ما انماه ، لقاعدة : ﴿ أن ليس للانسان الا ما سعى ﴾[١] فانه لاوجه لذهاب سعيه بسبب غصبه ، ولامنافاة بين الامرين .

ويؤيده ما رواه الوسائل في باب بيع الثمار، عن هارون بن حمزة قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام ، عن الرجل يشتري النخل يقطعه للجذوع فيغيب الرجل فيدع النخل كهيئته لم يقطع فيقدم الرجل وقد حمل النخل ؟ فقال عليه السلام : له الحمل يصنع به ماشاء، الا ان يكون صاحب النخل كان يسقيه و يقوم عليه[٢].

وفي روايته الاخرى، قال : قلت لابي عبد الله عليه السلام ، الرجل يشتري النخل ليقطعه الجذوع فيدعه فيحمل النخل ؟ قال:هوله، الاان يكون صاحب الارض ساقاه وقام عليه[٣].

وسيأتي لهذا الحكم مزيد توضيح، انشاء الله تعالى .

أما الفرع الثاني: من فرعي الشرائع حيث قال : وكذا يضمن حمل الامة المبتاعة بالبيع الفاسد، فهو الذي قرره التذكرة والتحرير وغيرهما ايضاً، خلافاً لما عن القواعد والدروس وجامع المقاصد والمسالك وغيرهم من عدم الضمان، لعدم كونه مبيعاً حتى يضمن بقاعدة ما يضمن بصحيحه، فهوحينئذ امانة في يد المشتري .

---

(١) سورة النجم : آية / ٣٩ .

(٢) الوسائل : ج ١٣ ص ١٧ الباب ٩ من أبواب بيع الثمار ح ١ .

(٣) الوسائل : ج ١٣ ص ١٨ الباب ٩ من أبواب بيع الثمار ح ٢ .

وأشكل عليه الجواهربقوله : فيه انه مع فرض عدم اذن من المالك الا الاذن البيعية التي فرض عدمها يتبين الفساد فيتجه الضمان حينئذ ، لعدم الاذن ، والاصل الضمان، وقاعدة ما يضمن بناء الضمان فيها على ذلك، والا فهي ليست من أسبابه من حيث نفسها ، وحينئذ فلاحاجة الى ما في الدروس من حمل القول بالضمان على ارادة اشتراط دخول الحمل ـ انتهى .

أقول : مقتضى القاعدة عدم الضمان ، لان دليل الضمان هو على اليد ، وعلى اليد منصرف الى اليد العدوانية ، وليست هذه اليد منها ، ومثله ما لو قامر فأعطاه المال لاجل غلبه فيالمقامرة، فانه اذا تلفالمال بدون تعد وتفريط منه لم يكن ضامناً .

وكذا اذا اعطاها أجراًللبغاء ، فانالاجر وان لم يصبح مالهاالا أن تلفه لا يوجبضمانها، الى غيرذلك منالامثلة .

وبذلك يظهر ان تفصيل المحقق الرشتي في المسألة ليس على ما ينبغي قال في رد قول الروضة : (بأن تسليمه باذن البائع) فيه ان هذا ليس باذن معتبر فيالامانات على ما هو الاظهر في الاذن المعتبر فيها، لان التسليمبالاذن تارة يكون من جهة توطين المالك نفسه على تسليط الغير على ماله بدون استحقاق ذلكالغير ، كما في الرهن والعارية والوديعة والوكالة ومااشبهها من الامانات، فان التسليم في هذه المقامات تسليم ناشيء من قبل المالك وتسليط الغير على ماله بدون استحقاق شرعي لذلك الغير للتسليط المزبور .

واخرى يكون من جهة استحقاق الغير كما في البيع الفاسد ، فان تسليم المبيع ليس تسليطاً من البائع للغير على مال نفسه ، بل على مال ذلك الغير

باعتبار الاستحقاق الذي اعتقده البائع في المشتري ،أما جهلا بالحكم الشرعي أو اقتراحاً منه بحسب ما يقتضيه القصد العرفي كالقمار مثلا .

والتسليم في مثل هذا القسم ليس تسليماً من المالك توطيناً لتسليط الغير على مال نفسه ، بل على مال الغير بحسب اعتقاده ، و الذي ظهر من الاخبار وكلمات الاخيار في باب الامانات ان الاذن والتسليم الرافعين لحكم الضمان ما كان من القسم الاول دون الثاني ، لان النظر الدقيق يقتضي بأنّه ليس فيه اذن ، وتسليم وتسليط من الشخص على مال نفسه .

فلاوجه للحكم بعدم الضمان مع ثبوت اليد، ومن هنا اتجه القول بالضمان في الاجارة الفاسدة بالنسبة الى العين ، لان تسليم العين المستأجرة لما كان في الاجارة الفاسدة باعتبار اعتقاد الموجر استحقاق المستأجر للمنفعة كان قهرياً وغصباً عليه ، وان كان بسببه الذي هو العقد صادراً باختياره، ومن قبل نفسه ، الى آخر كلامه .

فانه لا دليل على هذا التفصيل، وانما الدليل على اليد، (١) فاذا لم يشمل على اليد المقام كعدم شموله للقمار والبغاء والاجارة ونحوها، كان مقتضى القاعدة أصل البرائة عن الضمان ، ومثله ما اذا زعم المسلم ان المال للمسلّم اليه فسلّمه باعتبار انه ماله لا مال المسلم بالكسر فعطب، أوتلف عند المسلّم اليه فان الاصل عدم الضمان .

وعليه فالحمل في البيع الفاسد ليس مضموناً على المشتري كأصل المبيع فان أصل المبيع مضمون لانه مما يضمن بصحيحه، فيضمن بفاسده .

---

(١) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٥ الباب ١ من كتاب الغصب ح ٤ .

أما الحمل ، فحيث لم يكن مضموناً بصحيحه لم يكن مضموناً بفاسده ، فقول المحقق المذكور في وجه الضمان ضرورة عدم اقتران التسليم بالاذن لا من المالك لكون تسليمه تبعاً للمبيع الذي دفعه ليس اذناً في تصرفه على انه مال البائع ، ولا من الشارع لفساد العقد ، غير ظاهر الوجه ، ومثله ضمان حمل المقبوض بالسوم مع فرض كون السوم على الحامل دون الحمل ولذا صرح غير واحد بعدم الضمان لكونه امانة صرفه في يده ، وضمان الحامل فقط ، واختاره الجواهر ، لكن عن التذكرة التصريح بضمانه أيضاً .

وقال في الجواهر : يمكن حمله على المفروض دخوله في السوم مع الحامل .

ومما تقدم ظهر الوجه ، فيما عن الدروس من انه لو اثبت يده على مسجد أو رباط أو مدرسة على وجه التغلب ومنع المستحق ، فالظاهر ضمان العين والمنفعة لشمول على اليد عليهما ، بل اضافة الدروس منع المستحق مستدركة اذ اذا وضع يده على المذكورات على وجه التغلب ، وان لم يكن مستحق في البين كان ضامناً لدليل على اليد .

ومنه يظهر وجه النظر في اشكال الجواهر على الدروس بقوله : قد يشكل الضمان في المسجد ونحوه ، والمشاعر مما لم تكن المنفعة فيه ملكاً ، وان ملكوا الانتفاع به ، اذ هو غير المنفعة فلا مالية حينئذ حتى يتجه الضمان ، وان تحقق الغصب في مثله ـ انتهى .

بل ذكرنا في [كتاب احياء الموات] ان الانسان اذا أقام من قعد في

مسجد، أوموات أوشارع أورباط أوماأشبـه ، وجلس مكانه لايستبعد ضمانـه للمنفعة، لان دليل من سبق[1] بالاضافـة الى لايتوى[2] ونحوه يفيد ذلك، وان كان ظاهر المشهور انهم لايقولون بالضمان ، ففرق الجواهر بين المسجد وغيره بقوله: ان ماكان ملكاً للمسلمين أجمع كالطرق ونحوها، لابأس بالقول بالضمان عيناً ومنفعـة ، بل المسجد الموقوف لا المخلوق مشعراً كذلك أيضاً ان قلنا بكونه ملكاً للمسلمين عيناً ومنفعة ، وان كان هو لايخلو من نظر لقوة احتمال كونه كالتحرير في الخروج عن المالية، غير ظاهرالوجه .

ثم انا قدذكرنا في [كتاب الرهن] ان المالك اذا استولى على المرهون عدواناً كان ضامناً له بالمثل أوالقيمة، فيكون البدل أيضاً رهناً، وهذا هوالذي ذكره المسالك والجواهر وغيرهما، وان كان حق المرتهن لايسمى مالاً، بل نزل منزلته .

وكيف كان، فلايشترط في الغصب ان يكون مال الغير ، بـل لافرق في ذلك بين أن يكون مال الغير أو حق الغير سواء حق المنفعة أوحق الانتفاع على ما فرق المشهور بينهما، ففي مثل الاجارات حق المنفعة ، بينما في مثل الجلوس في المسجد حق الانتفاع .

أما اذا استولى الضيف على طعام الضيف الاخر الذي قدمه لهما المضيف، فان كان ذلك على نحو الهبـة للضيف كان الضيف الغاصب غاصبـاً لحقّ الضيف الاخر وعليه بدلـه .

---

(١) الوسائل : ج ٣ ص ٥٤٢ الباب ٥٦ من أحكام المساحة ح ١ و ٢ .

(٢) المستدرك : ج ٣ ص ٢١٥ الباب ٤٦ من كتاب الشهادات ح ٥ .

أما اذا كان على وجه الاباحة ، واستولى الضيف عليه وأكله مثلا، فانه يكون ضامناً للمضيف لا للضيف ، والظاهر انه يصح للحاكم الشرعي جعل الغرامة الزائدة على أصل العين و المنفعة على الغاصب ، من باب الامر بالمعروف والنهي عن المنكر، ومن باب السياسات الشرعية، وقد ورد مثل ذلك في حديث رواه الوسائل في جواز أكل المارة من الثمار عن الكليني، بسنده الى السكوني، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : قال النبي صلى الله عليه وآله : فيمن سرق الثمار في كمه فما أكل منه فلاإثم عليه، وما حمل فيعزر ويغرم قيمته مرتين.(١)

وكذلك رواه الشيخ أيضاً ، وعليه فيصح ان تكون الغرامة لبيت المال ، كماتصح ان تكون الغرامة للمالك حسب جعل الحاكم الشرعي الذي يرى ذلك سياسة ونهياً عن المنكر .

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ١٤ الباب ٨ من أبواب بيع الثمار ح ١ .

(مسألة ـ ٤ ـ) قال في الشرائع : ولو تعاقبت الايدي الغاصبة على المغصوب تخير المالك في الزام أيهم شاء، أو الزام الجميع، بدلا واحداً .

وفي الجواهر: بلا خلاف ولااشكال، بل يمكن تحصيل الاجماع عليه، بل في مجمع البرهان دعواه .

أقول: ومقتضى ذلك انه يتمكن من أخذه من كلهم على سبيل البدل، أو أخذ البعض المتساوى من جميعهم، مثلا: اذا كانوا أربعة أخذ من كل واحد منهم ربعه، وأخذه منهم على سبيل النسبة كان يأخذ من أحدهم النصف ومن الاخر الربع وهكذا .

ولذا قال في المسالك : حيث يتخيّر المالك في الزام أيهم شاء ببدل المغصوب عيناً وقيمة ، وفي الزام الجميع بدلا واحداً على التساوي ، أو الاختلاف والزام أكثر من واحد، وترك الباقي لاشتراك الجميع في المقتضي بالضمان، وهو اثبات يده على مال الغير بغير اذنه، ويدل عليه بالاضافة الى الدليل المذكور في المسالك وغيره جملة من الايات :

كقوله تعالى ﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل مااعتدى عليكم﴾ .[1]

وقوله سبحانه: ﴿وجزاء سيئة سيئة﴾ .[2]

وقوله تعالى: ﴿والحرمات قصاص﴾ .[3]

وجملة من الروايات :

---

(١) سورة البقرة : آية / ١٩٤ .

(٢) سورة الشورى : آية / ٤٠ .

(٣) سورة البقرة : آيتي / ١٩٤ .

كقوله عليه السلام: كل مغصوب مردود.[١]

وقوله عليه السلام: على اليد ما أخذت.[٢]

وقوله عليه السلام: لايتوى حق امرء مسلم.[٣]

وقوله عليه السلام: وان فوتها المغتصب أعطى العوض.[٤]

الى غيرها، حيث لاأولوية ، لان يكون أحدهم مسئولا دون الاخرين ، واحتمال أولوية العالم دون الجاهل، والذاكر دون الناسي، والغار دون المغرور ومن تلف في يده دون غيره، غير تام بعد كون الادلة بالنسبة الى الجميع واحداً من حيث الضمان، وان كان الجاهل والمغرور والناسي فرضاً غير آثمين، اذ لامنافاة بين الامرين، كما انه لافرق في صورة تعاقب أيديهم بين كون الضمان لاجل البيع الفاسد أو غيره .

ولذا قال في الجواهر: ظاهر عدم تقييد الايدي بكونها غاصبة في النافع واللمعة يقتضي عدم الفرق في الضمان بين الجاهل والعالم ، وان افترقا في الاثم وعدمه والغرور وعدمه، بل هو صريح المحكى عن المبسوط والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك والروضة والكفاية .

وحيث ان ظاهر على في قوله : على اليد، ان الشيء في عهدة الاخذ يصح في المغصوب منه أن يأخذ المغصوب من أيهم شاء، سواء كانت عينه موجودة أو مفقودة، فاذا كانت العين موجودة حق له أن يأخذها ممن بيده ،

---

(١) الوسائل : ج ٣ ص ٣٠٩ الباب ١ من كتاب الغصب ح ٣ .
(٢) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٥ الباب ١ من كتاب الغصب ح ٤ .
(٣) المستدرك : ج ٣ ص ٢١٥ الباب ٤٦ من نوادر الشهادات ح ٥ .
(٤) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٥ الباب ١ من كتاب الغصب ح ١ .

كما حق له أن يأخذ بدلها ممن مرت العين في يده، اذ (على) شامل له ، فلا يقال : ان العين، حيث كانت موجودة لا حق له في أخذ بدلها، فان على أقوى في الدلالة من دلالة دليل رد نفس العين ماكانت موجودة ، سواء كان الذي بيده العين ممكن أخذها منه، أولا؟ كما اذا غصبها زيد ، ثم غصبها السلطان الجائر من زيد، حيث لايتمكن المالك من استردادها من السلطان .

نعم ، اذا أخذ بدلها والعين موجودة ، ثم تمكن من العين واستردها وجب عليه رد البدل الى من أخذ البدل منه، فالبدل بدل حيلولة ، فلا حق له في الجمع بين البدل والمبدل .

أما اذا أخذ البدل من أحدهم ، فهل يحق للذي العين في يده ان لايرد العين على المأخوذ منه، وانما يرد عليه بدل العين ؟ الظاهر العدم، لان ماأخذ المالك من الغاصب من البدل، كان بدلا عن العين ، فاللازم اعطاء العين لمن أخذ المالك منه .

واذا استرد المأخوذ منه العين ، فهل يجب عليه اعطائه للمالك ، وأخذ بدله؟ الظاهر ذلك، لان للمالك حقين ، حقاً في المالية والقيمة وحقاً في العين فاستيفاء حقه في المالية لايكفي من استيفاء حقه من العين .

كما انه اذا أخذ المالك البدل من أحدهم ، والعين موجودة في يد غيره وجب على ذلك الغير رد العين الى المالك ، للدليل المذكور ، حيث ان العينية حق للمالك ، فاذا رد العين الى المالك رد المالك البدل الى من أخذ منه البدل .

وبذلك ظهر ، انه انأراد أحدهمااعطاءالعين، والاخراعطاء البدل لميحق للمالك أخذ البدل ، اذ مادامت العين موجودة ومبذولة لامعنى لاخذ بدلها ،

والظاهر انه اذا أراد أحدهم اعطاء البدل في هذا اليوم ، والذي بيده العين اعطائها بعد شهر حق له أخذ البدل في هذا اليوم الى تحصيل العين بعد شهر لان بدل الحيلولة كما يقع بدلا عن العين الى الاخير ، يقع بدلا عن العين في بعض الازمنة .

كما اذا ألقى متاع غيره في البحر ، ويخرج المتاع بعد شهر ، فانه يحق له أخذ بدل الحيلولة منه في هذه المدة ، حيث ان حرمانه عن العين والمنفعة يوجب حقه في تدارك المنفعة الى تحصيل العين ، وذلك مستفاد من قوله : على اليد ماأخذت ، فان ما عبارة عن العين في زمان الامكان، والبدل في زمان عدم الامكان كما يستفيده العرف منه .

لكن لايبعد أن يكون لمعطي البدل الحق في توزيع الاجرة ونحوها على جميع الغاصبين، مثلا اذا كانت اجارة البدل في مدة شهر عشرة، وكان الغصاب خمسة ، حق له ان يأخذ ثمانية من الغصاب الاربعة الباقية، اذ لا وجه في تحمله كل ضرر الغصب .

أما قرار ضمان الاجرة كلا فالظاهر انه على الذي بيده العين سواء تمكن من ردها أولم يتمكن في ذلك الشهر لان الدليل الذي ذكروه في قرار الضمان وسيأتي الكلام فيه يأتي هنا أيضاً .

نعم ، لو تعاقبت الايدي على العين واليد الاخيرة ألقاها في البحر ، فان الاجرة بين مدة الغصب ووقت القائها في البحر على من كانت العين بيده في تلك المدة ، اذ المنفعة فاتت في ايديهم فرضاً لافي يد واحد منهم مثلا كانت العين في ظرف سنة عند كل غاصب من الغصاب الستة شهرين، فانه لاحق لان

يجعل كل الاجرة على الاخير الذي تلفت العين في يده.

ثم ان تصوراشتغال الذمم علىسبيل البدل لماكان شبيهاً بالواجبالكفائي المذكور في موضعه ، وكان أمراً اعتبارياً ، والامور الاعتبارية خفيف المؤنة لاحاجة الى تحقيق حققه المحقق الرشتي في الموضع، وان كان لابأس به في نفسه من جهة كونه تشريحاً للامر العرفي الاعتباري المذكور .

وكيف كان فقد ذكر الجواهر تبعاً لغيره ان قرار الضمـان على من تلف المغصوب في يده منهم ، بمعنى انه لو رجع المالك على غيره رجع هوعليه مع فرض عدم زيادة في العين يختص الاول بضمانها بخلاف مالو رجع عليه نفسه ، فانه لارجوع له على غيـره ، لان ذمته المشغولة للمالك بالبـدل ، وان جاز له الزام غيره باعتبار الغصب بأداء مااشتغلت ذمته به ، فيملك حينئذ مـن أدى بادائه ماللمالك في ذمته بالمعاوضة الشرعية القهرية .

وبذلك اتضح الفرق بين من تلفالمال في يده، وبين غيره الذي خطابه بالاداء شرعي لاذمي، اذ لادليل على شغل الذمم المتعددة بمال واحد، فحينئذ يرجع عليه ولا يرجع هو ـ انتهى .

وان كان فيه اولا : انه لايختص ذلك بتلف العين، بل اذا غصبها زيد، ثم غصبها عمرو من زيد ، وكانت العين باقية ، كان للمالك الرجوع الى زيـد ، لماتقدم من عموم الادلة له ، وان كانت العين موجودة .

وثانياً : انالظاهر اشتغال ذمم متعددة بالمال الواحد كاشتغالها بالواجب الواحد في الواجبالكفائي فان الامور الاعتبارية خفيفةالمؤنة، فلاوجه للقول بعدم اشتغال ذمم متعددة بعد ان يرى العرف ذلك ، ويستفيده من ظاهر الادلة المتقدمة .

وحيث قد عرفت عدم الفرق في الرجوع بين الجاهل والعالم والمغرور والغار ، فتردد المقدس الاردبيلي ، أو ميله الى عدم الرجوع على الجاهل المغرور الذي لم يعلم اندراجه في قوله ﷺ في خبر سمرة بن جندب[(١)] على اليد الذي لم تثبت صحته ولا تواتره بعد معلومية عدم كونه غاصباً ، والا لكان آثما غير ظاهر الوجه .

اذ اولا : الدليل غير منحصر في على اليد كما عرفت سابقاً .

وثانياً : على اليد معمول به قديماً وحديثاً ، بل الاجماع قائم على العمل به في مختلف الابواب المتفرقة ، فالسند حتى اذا كان ضعيفاً لايضر بعد عمل المشهور ، بل المجمع عليه به .

وثالثاً : قد عرفت انه لاتلازم بين الغصب والاثم ، فيتحقق الغصب احياناً وان لم يتحقق الاثم .

ورابعاً : ظاهر المغرور يرجع الى من غر ، ان المغرور مرجوع اليه، وانما هو يرجع الى من غره ، لا انه لايرجع اليه ، كما هو ظاهر المقدس المذكور (رحمه الله) .

وخامساً : حديث على اليد مروى في كتبنا الفقهية من زمان شيخ الطائفة الى هذا اليوم ، غير مسند الى سمرة ، كما انه مروى ايضاً في جملة من كتب الروايات ككتاب الغوالي ، وتفسير أبي الفتوح ، وغيرهما .

نعم ، لاتوجد هذه الرواية في مثل الكافي والتهذيب والاستبصار والفقيه ونحوها ، وذلك لايضر ولايوجب اسناده الى أحاديث العامة فقط .

---

(١) المستدرك : ج ٢ ص ٥٠٤ الباب ١ من أبواب العارية ح ١٢ .

وسادساً : ان مثل قوله عليه السلام : الغصب كله مردود[١] ،كاف في الاستناد، وان اشكل على حديث على اليد[٢].

---

(١) الوسائل : ج ٦ ص ٣٩٥ الباب ١ من الأنفال ح ٤ .
(٢) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٥ الباب ١ من كتاب الغصب ح ٤ .

(مسألة ـ ٥ ـ) قال في الشرائع : والحر لا يضمن بالغصب ، ولو كان صغيراً .

وفي الجواهر : لاعيناً ولا منفعة ، بلا خلاف محقق أجده فيه على معنى كونه كغصب المال الموجب للضمان ، وان مات حتف انفه ، بل ولا اشكال ضرورة عدم كونه مالا ، حتى يتحقق فيه الضمان ـ انتهى .

وفي القواعد مثل الشرائع .

وعن مجمع البرهان انه قال : الظاهر انه لا خلاف في ان الحر لايضمن بوضع اليد والغصب ، لانه ليس بمال فلا يدخل تحت يد المتصرف ، فان اثبات اليد والتصرف انما يقال في الاموال ، ولافرق في ذلك بين كونه صغيراً وكبيراً، مميزاً قادراً على الدفع عن نفسه وغيره، مجنوناً أوعاقلا تلف بموت أو بشيء ليس للقبض فيه مدخل ـ انتهى .

وقال في مفتاح الكرامة بعد نقله العبارة المتقدمة وهو كذلك الا مايظهر من المفاتيح حيث قال : قيل ان الحر لايضمن الى آخره .

ولعله يظهرمن النافع حيث ساوى بين الموتبسبب وبغير سبب ، قال : ولوكان لابسببه كالموت ولدغ الحية ، فقولان .

وفي المهذب البارع والمختصران الاصحاب على خلافه .

واعتذر عنه في التنقيح بأنه مسامحة .

ولاتصغ الى مافي الكفاية من ان عدم ضمان الحر بالغصب هو المشهور ولعله لعدم تعرض القدماء له ، والا فلا نجد مخالفاً لانها قد طفحت عبارات المتأخرين بأن الحر لايضمن بالغصب، لايقال يشمله دليل على اليد والغصب

مردود ونحوهما، كما يؤيده ماورد في [كتاب الديات] من ضمان من أخرج انساناً من بيته فلم يرجع ، لانه يقال ظاهر حتى تؤدى في ذيل الحديث الاول انه في المال ونحوه ، فلا يشمل مثل ارجاع الحر أو اعطاء ديته فانه لايصدق عليه الاداء .

ولذا قال المحقق الرشتي قوله: حتى تؤدى قرينة على تخصيص الموصول ولايمكن جعل عمومه قرينة على التوسع والمسامحة في معنى اليد الاول وجه القرينة عدم صدق الاداء على دفع دية الحر ، لان دفع القيمة أو المثل في الماليات دفع بالعين المغصوبة عرفاً ضرورة قيام العوض في الماليات مقام المعوض في جل الفوائد المقصودة عند العقلاء ، لولم يكن في كلها بخلاف الدية ، فانها ليست عوضاً لنفس لا حقيقة ولا حكماً، وانما هي حكم شرعي شبه الجريمة ، الى آخر ماذكره .

كما ان قوله عليه السلام الغصب كله مردود[1]، لايمكن التمسك به بعد قرينية صدره بارادة غير ذلك ، لان الحديث كما تقدم في باب الغنيمة وان صوافي الملوك للامام عليه السلام الا اذا كان مغصوباً فلاربط له بالحر .

اما حديث رد الانسان المأخوذ بليل ، مما رواه عبدالله بن ميمون ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : اذا دعى الرجل أخاه بليل فهوله ضامن ، حتى يرجع الى بيته[2]، فلا ربط له بالمقام ، اذ ليس ذلك في مسألة الغصب ، وانما هو حكم شرعي تعبدي ثبت بالنص المؤيد بالشهرة ، حيث لولا هما كان الاصل

---

(١) الوسائل : ج ٦ ص ٣٦٥ الباب ١ من الأنفال ح ٤ .

(٢) الوسائل : ج ١٩ ص ٢٨٦ الباب ٣٦ من أبواب موجبات الضمان ح ١ .

عدم الضمان ، كما هو واضح ، فلايمكن ان يستدل به المقام .

ثم انه لو اصاب الصغير غرق أو حرق أو موت في يد الغاصب من غير تسبيبه لم يضمنه ، وقال الشيخ في كتاب الجراح : يضمنه الغاصب اذا كان صغيراً ، فتلف بسبب كلدغ الحية والعقرب ووقوع الحائط .

كذا في الشرائع وفي القواعد لو تلف الصغير في يد الغاصب بسبب كلدغ الحية ووقوع الحائط ضمن على رأي .

وعلق عليه في مفتاح الكرامة بقوله : قوى .

كما في الخلاف والدروس .

وفيه قوة كما في المختلف .

وحسن كما في المقتصر، وهو خيرة المبسوط في باب الجراح والتبصرة وتعليق الارشاد ومجمع البرهان .

وقد أفتى به جمع، كمافي جامع المقاصد، وكأنه مال اليه فيه، والمخالف الشيخ في غصب المبسوط ، والمحقق في ظاهر الشرائع أوصريحها، والشهيد في ظاهر اطلاق اللمعة ، وفي الايضاح انه أقوى .

وقد يظهر ذلك من موضع من التذكرة ، وكأنه مال اليه في المسالك والكفاية ، وفي الاول انه الاشهر ، وفي الثاني انه المشهور ، ولاترجيح في النافع وكشف الرموز والتحرير والارشاد والتذكرة في موضع منها ، وغاية المراد والتنقيح والمهذب البارع والروضة والاول أقوى ـ انتهى .

أقول : دليل القول بالضمان امور :

الاول : صدق اليد وان الغصب مردود وماأشبه .

الثاني: ما رواه وهب، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: قال أميرالمؤمنين عليه السلام : من استعار عبداً مملوكاً لقوم فعيب فهو ضامن ، و مـن استعار حـراً صغيـراً فعيب فهو ضامن[١].

الثالث : انه بغصبه صار سبباً شرعاً لتلفه كحفر البئر ، وكدعوة الانسان الى داره فعقره كلبه وماأشبه ذلك، قال في مفتاح الكرامة: انه سبب لتلفه مع عدوانه فهو أقوى من حافر البئر ، لان عروض المهلكات له كثيرة ، بل قصد القتل بمثل ذلك ممكن متوقع ، ولو كان في مكانه ما لدغته الحية وليس هـو قادراً على دفع المهلكات عن نفسه ، وليس هناك مباشر أقوى من السبب .

الرابع : ان عدمه يقضي الى الاحتيال في قتل الاطفال .

الخامس : الضمان في نقل المملوك الصغير والمجنون الـى المسبعة أو المضيعة ، كما عن التذكرة .

السادس : المفهوم من رواية السكوني ، عن جعفر ، عن أبيه ، ان رجلا شرد له بعيران ، فأخذهما رجل فقرنهما في حبـل ، فاختنق أحدهما ومات ، فرفع ذلك الى علي عليه السلام فلم يضمنه ، وقال : انما أراد الاصلاح[٢]، لكن كـل ذلك فيه نظر .

اذ يرد على الاول: ما تقدم والحديث كما في الجواهر لاجابرله ولاعامل به، أما كونه سبباً لتلفه، فالكلام فيما لم يكن كذلك فهو خروج عن موضوع

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ٢٣٨ الباب ١ من أبواب كتاب العارية ح ١١ .

(٢) الوسائل : ج ١٩ ص ٢٠٦ الباب ٣٥ من أبواب كتاب الدّيات ح ١ .

المسألة ، وكونه منتهى الى قتل الاطفال مجرد اعتبار .

وما عن التذكرة غير ما نحن فيه، لان ما في التذكرة ما كان سبباً ،والكلام فيما اذا لم يكن سبباً ، و الرواية الاخيرة لادلالة فيها على ان كل غير مصلح يكون ضامناً ، بل تدل على انه فيما اذا لم يكن اصلاح كان ضامناً لدليل اليد مثلا ، واذا كان اصلاح لم يكن ضامناً ، فلا كلي في المفهوم يشمل المقام ، ولايقول به أحد ، فالاقرب عدم الضمان كما عرفت ممن تقدم اسمائهم .

ولذا قال في الجواهر : فالمتّجه عدم الضمان مع فرض عدم تقصير منه في حفظه بالاهمال ونحوه ، وربما يحمل القول بالضمان على ما لو أهمل ، بحيث يكون سبباً في تلفه لكونه غير قابل لحفظ نفسه بخلاف ما اذا لم يهمل فاتفق تلفه بأمر لا مدخل لاهماله فيه ، وحينئذ يكون النزاع لفظياً ، والظاهر عدم الفرق في الحكم المزبور بين الصغير والمجنون ، كما صرح به جماعة ـ انتهى .

أقول: وكذلك غيرهما ممن لايملك امره كالمعتوه ونحوه لوحدة الملاك في الجميع ، ومنه يعلم وجه النظر فيما عن جامع المقاصد والروضة من انه لو كان بالكبير خبل، أو بلغ رتبة الصغير لمرض أو كبر ففي الحاقه وجهان، اذ قدعرفت انه لاوجه لعدم الالحاق حيث لاخصوصية للصغير، بل الخصوصية عدم قابليته للدفع عن نفسه ، فكل من كان كذلك كان في حكمه .

ومنه يظهر انه لو حبس الكبير في مكان ، أو ذهب به الى مكان لايتمكّن من التخلص أو نحو ذلك ، فتلف أو عطب منه شيء كان السبب ضامناً لعدم الفرق ايضاً .

ولذاحكى عن مجمع البرهان ان الظاهر عدم الفرق بين المجنون والصغير، وبين الكبير اذا حبس بحيث لايقدر على الخلاص منه، ثم حصل في الحبس شيء اهلكه لظلمته وعدم قدرته على الفرار من اذيته لانه حينئذ كالطفل ،فعلة الضمان فيه هي علة الضمان في الاولين .

ولذااختار الضمان الجواهر أيضاً، والحاصل ان الضمان ليس مطلقاً، بل فيما اذا كان تسبيب، والتسبيب انما يوجب الضمان، لماذكر في [كتاب الديات] من انه يصدق عليه انه قاتل أوما أشبه، وحينئذ فيأتي في المقام كون القتل عمداً أو شبه عمد أوخطاءاً لوحدة الدليل في المقامين، كما انه يأتي في المقام عدم الفرق بين كونه موجباً لهلاكه، أوموجباً لمايوجب القصاص أو الدية لوحدة الدليل في الجميع .

وبذلك يظهر ان الحكم بالضمان لايتبع العدوان، بل وان لم يكن عدوان اذا كان سبباً، بل وان كان محسناً بعمله، كما لو انه اعطاه دواءاً بقصد الاحسان فاماته، فانه ضامن كماذكروه في الطبيب .

وقد ذكرنا في [كتاب الديات] انه ليس كل محسن غيرضامن ، وان كان ربما يقال بذلك لقوله سبحانه : ﴿ماعلى المحسنين من سبيل﴾[1] الا انه عام مخصص بالادلة الثانوية ، أويراد به السبيل في العقاب والاثم ، ثم انه ربما يتوهم صدق اليد باعتبار انالاصحاب ذكروا في انه لوادعى أحد ملكية صغير تحت يده كان كذا، فاذا كان هناك يصدق اليد فهنا أيضاً يصدق ، فيشمله على اليد .

---

(١) سورة التوبة : آية / ٩١ .

وفيه ماذكره المحقق الرشتي من ان اليد قسمان صورية وواقعية والاولى عبارة عن مجرد التصرف الحسي ، والثاني عبارة عنه مع السلطنة الواقعية التامة ، وموضوع الحكم في سبب الضمان هو الثاني ، وموضوع الحكم في الحكم بدلالته على الملكية هوالاول، فلامنافات وهو كماذكره (رحمه‌الله).

ثم انه لوشك في انه هل كان سبباً أم لا، فاذا لم يكن ظهور عرفي في أحد الامرين، فالمرجع اصالة العدم، اما اذا كان ظهورعرفي فهو المرجع لصدق القتل ونحوه عرفاً، مما كان مستنداً الى الضمان في السبب ، ولو فقد الطفل لا بالقتل، فقال الولي: ان الذي ذهب به هوالسبب وأنكر الذاهب به، فالظاهر انه من باب الدعوى، كما انه لو جرح الطفل فادعى الطفل ان فلاناً جرحه ، فقد ذكرنا في [كتاب القضاء] ان قول المشهور لايسمع دعوى الطفل لادليل عليه، بل مقتضى القاعدة سماع دعواه أيضاً .

كما اذا ادعى ان فلاناً فعل به فعلا حراماً، أو قطع يده، أوما أشبه، فعلى الحاكم أن يحقق في الموضوع حسب موازين الدعوى، وربما يؤيده الحديث في الغلمان الذي غرق أحدهم في الفرات ، كما ذكرناه في باب الديات ، والله سبحانه العالم .

(مسألة ـ ٦ ـ) لو استخدم الحر فعليه الاجرة، بلاخلاف أجده فيه ، بل ولااشكال، لان منفعته متقومة حينئذ ، فهو كمن أخذ مال غيره، ولو لان منفعته المزبورة تقابل بالمال، كذا في الجواهر .

وقد نقله في مفتاح الكرامة في شرح مثل عبارة الشرائع من القواعد قال: كما في النافع والتذكرة والتحرير والارشاد والتبصرة والمسالك ومجمع البرهان واللمعة والروضة .

وفي مجمع البرهان : لعله ممّا ليس فيه خلاف ، وفي الرياض انه لا خلاف فيه .

قال في الشرائع: ولو حبس صانعاً لم يضمن اجرته مالم ينتفع به .

وقال في الجواهر: فضلا عن غير الصانع بلاخلاف أجده فيه .

وفي مفتاح الكرامة نقله عن النافع والتحرير والارشاد والتبصرة والمهذب البارع والمسالك والروضة .

وعن الكفاية انه مقطوع به في كلام الاصحاب.

لكن عن التذكرة انه قال: هو الاقوى، وقال: لا تعرض للعلامة في غيرها فيما أجد .

لكن عن المقدس الاردبيلي واستاذه الضمان فيما كان الحابس سبباً مفوتاً لمنافع المحبوس .

وعن الرياض نقله عن خاله العلامة في بعض حواشيه قائلا : ان ثبت اجماع على ماذكره الاصحاب، والا فالامر كما ذكره الشارح، ومال اليه في الرياض، حيث يكون الحابس سبباً مفوتاً لمنافع المحبوس .

واستدل المشهور لعدم الضمان، بأن منافع الحر لاتدخل تحت اليد تبعاً له، فاشبهت ثيابه اذا تلفت عليه، واشبهت اطرافه اذا تلفت ، وبأن المغصوب ليس ما لاتتبعه منافعه، ولذا فلاضمان .

والظاهر الضمان كما ذكره غير المشهور لاية ﴿ فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ﴾[١] وآية ﴿ وجزاء سيئة سيئة ﴾[٢] وقوله سبحانه : ﴿فمن عاقب بمثل ماعوقب به ﴾[٣].

وللروايات المتقدمة مثل : لايتوى حق امرء مسلم ، والغصب مردود ، وفو ّتها، فانه لاشك انه يصدق علىهذا الانسان الحابس، انه غصب هذا الحر وفوّت منافعه ، ولدليل لا ضرر ، وقد تقدم وجه الاستدلال بـه ، وبأنه سبب للفوت .

وبذلك يظهر وجه النظر في استدلال المحقق الرشتي لعدم الضمان بعدم الموجب لـه، اذ المفروض ان المنافع لم تتحصل في الخارج حتى يتصور فيه الاستيفاء الذي هو بمنزلـة الاتلاف في الاعيان ، واسباب ضمان المنافع منحصرة في الاتلاف لعدم تصور اليد الموجب للضمان عليها ، مع ان اليد على المنفعة لو قلنا بـه فانما نقول اذا كان اليد على العين اصالة وعليها تبعاً الى قوله :

وقد تلخص مما ذكر ان المنافع غيرالمستوفات يصح سلب المالية عنها شرعاً وعرفـاً ، الا في مقام فرض وجودها الخارجي في مقام النقل والانتقال

---

(١) سورة البقرة : آية / ١٩٤ .

(٢) سورة االشورى : آية / ٤٠ .

(٣) سورة الحج : آية / ٦٠ .

من غيرفرق فيه بين منافع الاحرار والعبيد والاملاك، وانـه على تقدير تسليم كونها مالا لايدخل تحت اليد أصلا حتى فى منافـع الاملاك ، وانما الداخل فيها نفس العين، واما ضمانها فمستند الى قاعدة اليد،[1] الى آخر كلامه .

اذ قد عرفت ان الدليل ليس منحصراً فى قاعدة اليد، وانه منقوض بمنافع الاملاك، مع انهم يقولون بضمانها، مع عدم استيفائها، فأي فرق بين الامرين والشاهد لصدق الضرر عليه العرف فانهم يقولون أضربه، فيشمله دليل لاضرر بالتقريب الذي ذكروه في خياري العيب والغبن، كماتقدم فى بعض المسائل السابقة .

أما قول الجواهر فى رد الادلة المتقدمـة ، بأن التسبيب الذي ذكر انما يقتضـى الضمان اذا تعلق بتلف الاموال ، و منفعة الحر معدومـة فلا يتصور التسبيب لتلفها ، كما ان قاعدة نفـي الضرر والضرار وغيرها ممن ذكر من الايات لو اقتضت الضمان على وجه تشمل الفرض لاثبت فقهاً جديداً ضرورة اقتضائها الضمان بالمنع عن العمل، أو الانتفاع بماله ، وغير ذلك مماعرفت عدم القول به من العامة الذين مبنى فقههـم على القياس والاستحسان، فضلا عن الاماميـة الذين مبنى فقههم على القواعد المقررة الثابتـة عن أهل بيت العصمة عليهم السلام ـ انتهى .

ففيه نظر واضح اذ لم يكن مبنى ذلك الاستحسان والقياس ، وانما عموم الادلة كماعرفت وقوله اثبت فقهاً جديداً غيرظاهر الوجه، اذ المنع عن العمل والانتفاع نقول بالضمان فيهما أيضاً بعد شمول الادلة لهما ، وهل الحبس الا مصداق من مصاديـق منع العمل ؟ وهل المنع عن الانتفـاع الا مصداق من

---

(١) المستدرك : ج ٢ ص ٥٠٤ وسنن الكبرى : ج ٦ ص ٩٥ .

مصاديق تفويت الانتفاع ؟ اللهم الا في مقام لا تصدق تلك الايات والروايات مثل: لايتوى[(١)] ولاضرر[(٢)]، وما أشبه .

وقد روى الوسائل في باب ثبوت الولاية للاب والجد رواية عن أبي جعفر عليه الصلاة والسلام ، وفيها هذه القاعدة الكلية : ولا تبطل حقوق المسلمين فيما بينهم[(٣)] ومعلوم ان العرف يقولون انه ابطل حقه ، نعم لو كان عاطلا أو كان صانعاً ، لكنه لايريد العمل ، فان ذلك لايوجب الضمان، اذ لم يبطل حقه، ولم يضره، ولم يكن سبباً لتفويت المنفعة، الى غيرذلك .

كما ألمعنا الى ذلك في بعض المسائل السابقة .

ومنه يعلم ان الضمان انما هو بقدر عمله اذا كان يعمل، فلو كان له عملان خياطة وحمالة، والخياطة اجرتها دينار، والحمالة نصف دينار ، فأراد الاولى ضمن الدينار ، وان أراد الثاني ضمن نصف دينار ، ولولم يعلم انه لوكان يطلق سراحه يعمل ايهما، فمن المحتمل انه يضمن ثلاثة أرباع الدينار لقاعدة العدل، كما ان من المحتمل ضمان الاقل للاصل، والقرعة ، لقاعدة انهالكل أمر مشكل .[(٤)]

لكنا قد ذكرنا ان في الماليات لاتجري القرعة، وان الاصل أيضاًمحكوم بقاعدة العدل لانه أصيل، حيث لادليل، فمقتضى القاعدة انه يضمن في مثل المثال ثلاثة أرباع الدينار وهكذا، أما اذا كان الحبس مشروعاً ، فعمله هدر

---

(١) المستدرك : ج ٣ ص ٢١٥ الباب ٤٦ من أبواب الشهادات ح ٥ .
(٢) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٤١ و ٣٤٢ الباب ١٢ من أبواب أحياء الموات ح ٣ و ٥ .
(٣) الوسائل : ج ١٤ ص ٢٠٩ الباب ٦ من أولياء العقد ح ٩ .
(٤) الوسائل : ج ١٨ ص ١٨٩ الباب ٣ ح ١١ .

لوضوح ان لازم الحبس ذلك، وقد شرعه الشارع فرضاً ، نعم اذا لم ينافِ الحبس عمله ، ومنع من ذلك كان المانع ضامناً، كما اذا حبسه العادل ولما أراد في الحبس الصنعة منعه أحد المحبوسين أوالشرطة مثلا بدون أمر الحاكم فانه يكون ضامناً .

ومما تقدم ظهر وجه النظر في تعليل الشرائع حكمه المتقدم بعدم الضمان بقوله : لان منافعه في قبضته، ومراده ان المنافع كالثياب باقية على اصالة عدم الضمان، اذ كون منافعه في قبضته لايوجب عدم صدق الضرر ، وبطلان الحق والتسبيب ولايتوى وفوّتها ، وماأشبه .

ومن ذلك يظهر وجه النظر أيضاً في قول الشرائع حيث قال : و لو استأجره لعمل فاعتقله ولم يستعمله فيه تردد، والاقرب انالاجرة لاتستقر بمثل ما قلناه .

وعلل تردد الشرائع ثم استقرا به عدم استقرار الاجرة المسالك بقوله : ومنشائه من ان منافع الحر لايضمن الا بالتفويت لعدم دخول الحر تحت اليد، اذ ليس مالا ، ولم يحصل التفويت ، ولاصالة بقاء العمل في ذمته، ومن وجود الاجرة بنفس العقد على المنفعة التي كان مالكها سبباً في ضياعها و اعتقاله فيستقر في ذمته .

كما لو قدرها بزمان وحبسه حتى انقضى ذلك الزمان ، فانه لااشكال في استقرار الاجرة فليكن هنا كذلك، والمصنف قرب عدم الاستقرار لما تقدم، والفرق بين العمل المطلق و بين المقدر بالزمان ، ان المطلق لايختص بهذه المدة التي حبسه فيها ، وان امكن استيفائه فيها ، وانما هو ثابت في الذمة ، وزمانه امر كلي غير مشخص بوقت، والاصل بقائه في الذمة الا ان يستوفي،

ومنافع تلك المدة غير داخلة تحت يد الغاصب ، ولامملوكة له حتى يقال انه تسلمها لعدم دخول منفعة الحر تحت اليد بخلاف الزمان المعين ، فان منفعته تفوت بفواته متسلماً له ، وهذا أقوى ـ انتهى .

وفيه ما تقدم ، ولذا كان المحكى عن اجارة التذكرة والمسالك الضمان، وهو الذي قواه الاردبيلي (قدس سره) و الفرق الذي ذكره المسالك هنا غير فارق ، بعد ان قد بذل هذا عوضه ، فيلزم الاخر العوض الاخر، كما في نفقة الزوجة والمهر، فانها تجب لها النفقة اذ أمكنت من نفسها، وان لم يستنفع الرجل بها ، كما يجب عليها تسليم نفسها اذا تسلمت المهر .

وقد ذكرنا في [كتاب الاجارة] من شرح العروة، انه يضمن الاجرة لو استأجره لقلع ضرسه فبرء بعد ان مضت مدة يمكنه القلع فيها باذلا الاجير نفسه، وانما التأخير كان من جانب المستأجر، وبمثل ذلك قال في مفتاح الكرامة وغيره ، كما لايخفى لمن راجع الشراح .

وفي القواعد تردد في المسألة قائلا :لو استأجره لعمل فاعتقله ولم يستعمله ففي استقرار الاجرة نظر، وعدم الترجيح محكى ايضاً عن التذكرة والارشاد وغاية المراد وغيرهم .

بل قال في مفتاح الكرامة: ان المنفعة اما موجودة، أو في حكم الموجودة، وكلاهما يسبب تفويتهما الضمان، والقول بأن المنافع معدومة انما هو للعامة، كما حكاه عنهم في التذكرة ، وأطال في الرد عليهم .

و قال في جامع المقاصد : و وجه شيخنا الشهيد الاستقرار في بعض حواشيه ، بأن المنافع ملكها المستأجر وتلفها مستند الى فعله ـ انتهى :

والحكم أوضح فيما لو استأجر دابة فحبسها بقدر الانتفاع ، فانه يضمن الاجرة كما قررا، وكذلك اذا بذلت له الدابة فتسلمها ولم يستوف، أوبذلت له الدابة فلم يتسلمها لوضوح ان منفعتها حينئذ مضمونة عليه بمثل ماقررا لاجرة المثل التي هي بدل مايفوت من المنفعة ، كما ذكره الجواهر وغيره .

بل فيه الاجماع بقسميه على قيام تسليم العين المملوكة مقام تسلم المنفعة المستحقة بعقد الاجارة ، ومنه يعلم انه لو استأجر الدابة فأمرضها المستأجر ، فان مالكها يستحق الاجرة ، ولو لم تتمكن الدابة من العمل بما استأجرها له ، لان المستأجر بنفسه فوت المنفعة على نفسه .

وكذا الحال لو استأجر الدابة وكان اللازم ان صاحب الدابة يأتي بها اليه فأخذ المستأجر صاحبها وحبسه ، أو قتله ، أوماأشبه بما لم يتمكن من تسليم الدابة، حيث انه ضامن للاجرة ، لانه هو الذي فوته على نفسه ، كما ذكر في مثله ، وكذلك ماذكره في مفتاح الكرامة قائلا: قضية كلامهم ماصرح التحرير انه لو حبسها من دون اجارة ضمن، كما انهم قالوا في باب الاجارة : انه لو بذل له العين الموجرة فلم يأخذها حتى انقضت المدة ، استقر الاجر عليه ان كانت الاجارة صحيحة ـ انتهى .

ولافرق في ماذكر بين الاجارة، والهبة المعوضة، والصلح، والشرط في ضمن عقد لازم ، وما أشبه ، لان الملاك في الكل واحد، كما ان الملاك في الدابة والسيارة والدار والدكان والحمام والبستان والقطار والباخرة وغيرها أيضاً واحد فالحكم سار في الجميع ولو لم يعلم هل ان الدابة كانت مؤجرة فحبسها، أو لم تكن ، وكان هناك فرق بين اجرة المثل ، واجرة المسمى المحتملة ، كان

الاصل اجرة المثل لاصالة عدم الاجارة، فاحتمال اجرة المسمى التابع لاحتمال الاجارة منفي بالاصل .

ومنه يعلم انه لو ادعى احدهما الاجرة للاجارة ، وادعى الآخر عدمها ، فلا يكون مايدعى ذلك من المسمى قدم قول من يدعى عدم الاجارة ، لان الاصل معه .

(مسألة ـ٧ـ) قال في الشرائع: ولايضمن الخمر اذا غصبت من مسلم.

وقال في مفتاح الكرامة : اذا كانا مسلمين لاضمان عليه اجماعاً ، كما في التذكرة ، وبلاخلاف أي بين المسلمين كما في الخلاف ، وما في المختلف من انه الاشهر .

وفى المسالك من انه المشهور، انما هو لمكان خلاف أبي علي قال: انه يضمن الخمر المغصوبة بمثلها خـلا واطلق ، وقدفهم منه انه امسكها للتخليل ولابد ان يكون أراد ذلك، وقد انعقدت اجماعاتهم وشهراتهم على ذلك وهي باطلاقاتها تشمل ماإذا كان قد اتخذها للتخليل أو لغيره .

بل صرح الشهيدان والمحقق الثاني بأنه لايضمن اذا كان قدأتخذها للتخليل وانما يأثم .

وفي المسالك انه المشهور وقال أيضاً : انه يعزر ـ انتهى .

ومقتضى الصناعة ان الخمر المحترمة لاتخرج بالخمرية عن الملك، ويكون غصبها حراماً، وعلى متلفها الضمان، ولذاكان المحكى عن المقدس الاردبيلي التأمل في اصل الخروج عن الملكية بذلك، وفي عدم ضمانها بالمثل أو بالخل.

وعن ظاهر المفاتيح أو صريحها ضمان المتلف لها .

وقال في مفتاح الكرامة : انه يجب عليه ردها مع بقاء عينها، ولو تخللت ردها خلا لان الملك وانزال، الا ان توابعه باقية وهي الاولوية، ولهذا لايجوز غصبه كما تقدم ذلك في باب الرهن .

أقول: ومنه يعلم ان ذهاب المشهور الى خروجها عن الملك وحلية غصبها وعدم ضمان اراقتها غير ظاهر الوجه، فقول الجواهر كظهور النصوص والفتاوي

في عدم ملكية المسلم للخمر مطلقاً، وان كان المتخذ للتخليل منها محترماً بمعنى الاثم في غصبة ووجوب رد عينها ان انقلبت خلا عند الغاصب ـ انتهى .

غير ظاهر ، حيث قد عرفت اختلاف الفتاوى ، وان ذهب المشهور الى ماذكره ، والروايات أيضاً دليل على ماذكرناه، فعن عبيد بن زرارة ، عن أبي عبدالله عليه السلام انه قال: في الرجل اذا باع عصيراً فحبسه السلطان حتى صار خمراً، فجعله صاحبه خلا ؟ فقال : اذا تحول عن اسم الخمر فلا بأس به[1].

وعن جميل قال : قلت لابي عبد الله عليه السلام يكون على الرجل الدراهم فيعطيني بها خمراً ؟ فقال : خذها ثم افسدها ، قال : علي واجعلها خلا[2].

وعن جامع البزنطي ، عن أبي بصير ، عن أبي عبد الله عليه السلام انه سأل عن الخمر تعالج بالملح وغيره لتحول خلا ؟ قال : لابأس بمعالجتها ، قلت: فاني عالجتها وطينت رأسها ، ثم كشفت عنها فنظرت اليها قبل الوقت فوجدتها خمراً ، أيحل لي امساكها؟ قال: لابأس بذلك، انما ارادتك ان يتحول الخمر خلا، وليس ارادتك الفساد[3]، فان ظاهر هذه الروايات خصوصاً الاخيرة، الفرق بين الخمر المعدة للفساد ، والخمر التي ليست كذلك .

ومنه يظهر وجه النظر في قول المحقق الرشتي من ان أثر الضمان يظهر مع بقاء العين خاصة، وهو وجوب ردها الى المأخوذ منه، وأما مع التلف فلا شيء على الغاصب لاستحالة دفع العين وهو واضح ، ودفع بدلها القائم مقام

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٢٩٧ الباب ٣١ من أبواب الأشربة المحرمة ح ٥ .
(٢) الوسائل : ج ١٧ ص ٢٩٧ الباب ٣١ من أبواب الأشربة المحرمة ح ٦ .
(٣) الوسائل : ج ١٧ ص ٢٩٨ الباب ٣١ من أبواب الأشربة المحرمة ح ١١ .

دفعها لعدم بدل لغير الاموال ، حتى انه لو كان المغصوب من الاملاك المثلية فضلا عن غير الاملاك أمكن منع الضمان بعد التلف .

فمن غصب حبة من الحنطة وجب عليه رد عينها، فاذا تلف لم يجب عليه شيء ،اما القيمة فلانها لاقيمة لها ، وأما المثل فلان دفع المثل باعتبار كونه بدلا، والبدلية لم تثبت شرعاً ولاعرفاً في المثلي الغير المتمول .

ولذا لايجوز أن يكون عوضاً في العقود العوضية ، سواء كان في مقابل مال أو ملك آخر، الى آخر كلامه، فان عدم الضمان ينافي الاحترام، واطلاق أدلة عدم مالية الخمر لايشمل الخمر المحترمة كما عرفت ، أما قوله في حبة الحنطة، فهو أيضاً غير ظاهر الوجه، فكيف يمكن القول بانه لو غصب انسان حبة ، وغصب آخر حبة ، وهكذا حتى غصب عشرة آلاف شيئاً كبيراً من حنطة انسان ، انهم لايكونون ضامنين له بعد تلفهم لها .

وكيف كان، فاذا غصب المسلم من المسلم الخمر غير المحترمة، أوغصب الكافر من المسلم ، كذلك لم يكن ضمان ، ولم يكن غصب بالمعنى الشرعي وان كان ربما يطلق عليه الغصب بالاعتبار العرفي أواللغوي، بل الظاهر الاجماع في المسألة السابقة ، وهذه المسألة بالنسبة الى الخمر غير المحترمة ، وعن الخلاف في المسألة الثانية نفي الخلاف .

أما المسألتان الاخريان في غصب الخمر ، فقد قال الشرائع ممزوجاً مع الجواهر : وتضمن اذا غصبت من الذمي متستراً ، ولوكان الذي غصبها منه المسلم باجماع الفرقة واخبارها في محكى الخلاف ، بل قيل ان الاجماع ايضاً ظاهر المبسوط والسرائر والتذكرة ـ انتهى .

ثم ان تقييد الشرائع وغيره بالتستر يعطي ان المتظاهر اذا غصبت منه

لاضمان على الغاصب ، وان كان الغاصب كافراً .

وفي الجواهر : أما المتظاهر فلا ضمان ، وان كان الغاصب كافراً قولا واحداً .

أقول : السبب ان من شرائط الذمة التستر، فاذا لم يتستر فقد خرق شرط الذمة ، وبذلك يذهب احترام ماله ، والظاهر انه أخذه من مفتاح الكرامة ، حيث قال : فان كان متظاهراً بشربها والمعاملة عليها فلا ضمان ، وكأنه لم يختلف فيه اثنان، لان الشرع انما الزمنا اقرارهم عليه في الدار مع الاخفاء .

وأما ان كان متستراً فعليه ضمانه باجماع الفرقة واخبارهم كما في الخلاف، والاجماع ايضاً ظاهر المبسوط والسرائر والتذكرة والعبارات في ذلك بين نصة وظاهرة ـ انتهى .

لكن لايخفى عدم التلازم بين لزوم التستر ، وبين عدم الضمان لو كان متظاهراً ، فلو ان ذمياً كان متظاهراً بشرب الخمر ، أو بالتعامل عليها ، فغصبها ذمي آخر منه ، كيف يقال بأن الغصب للغاصب يستفيد به، مع ورود ان الغصب مردود كما تقدم .

نعم، اذا اراق الخمر لااشكال في عدم الضمان، لان هذه الخمرة ليست محترمة شرعاً، اللهم الا أن يكون اجماع في المسألة، وأبعد من ذلك اجازة الغصب لو كان يتعامل بها علناً ، مثلا : كانت له خمر في الدار متستراً بها فباعها في السوق علناً، فهل يذهب احترام خمره بسبب هذا التعامل؟ والادلة لاتشمل مثل ذلك ، واولى منه بالاشكال ماإذا باع خمراً كلياً ، ولم يكن عنده خمر، أو كان عنده خمر، ولم يتعامل عليها بشخصها، وانما تعامل كلياً ، فهل يذهب احترام

خمره في الدار؟ أو هل انه بعد المعاملة على الكلية فحصل على خمر في داره ذهب احترام خمره باعتبار انه تعامل عليها علناً ، فالمسألة بشقوقها محتاج الى التأمل .

أما اذا كان الشرب ، أو التعامل علناً من باب المرض الـذي يجوز ذلك حتى للمسلم ، فانه لااشـكال في احترام خمره ، وانه لايغتصب منه ، وكـلام الفقهاء في غير هذا المورد، والتنازع حولها، والرجوع الى الحاكم الاسلامي أو حكامهم لحل نزاعهم الظاهر أنه ليس من التظاهر الموجب لسلب الاحترام أوخرق الذمة، كماانه لايتحقق الخرق بشيء لم ينص عليه، فلااطلاق لذهاب احترام المال ، كما ان النزاع في الزوجة ونحوها لايوجب ذلك .

نعم ، اذا كان من شرط الذمة الامتناع حتى من مثل ذلك وجب الامتناع والا كان خرقاً للذمة ، كما ورد مثله في بعض الروايات :

مثل مارواه زرارة ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : ان رسول الله صلى الله عليه وآله قبـل الجزية مـن أهل الذمة على ان لايأكلـوا الربـا ، ولا يأكلوا لحم الخنزيـر ولاينكحوا الاخوات ، ولابنـات الاخ ، ولابنات الاخت، فمن فعل ذلك منهم برئت منهم ذمة الله ، وذمة رسوله قال : وليست لهم اليوم ذمة[(١)].

وعن فضل بن عثمان الاعور ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : مامن مولـود يولد الاعلى الفطرة فأبواه اللذان يهودانه وينصرانه ويمجسانه ، وانمـا أعطى رسول الله الذمة وقبل الجزية عن رؤس أولئك بأعيانهم على انلايهودوا أولادهم

---

(١) الوسائل : ج ١١ ص ٩٥ الباب ٤٨ من جهاد العدوح ١ .

ولاينصروا ، وأما أولاد أهل الذمة اليوم ، فلا ذمة لهم[(١)] الى غيرهما من الروايات الدالة على ان اشتراط شرط خاص في الذمة نافذ، والافليس الشرطان المذكور ان في هاتين الروايتين شرط بقول مطلق ، كما حقق ذلك في [كتاب الجهاد] .

ومما تقدم يظهر، حال المخالف بالنسبة الى الخمر المحترمة عنده، حيث ان غصبه منه سواء صدر من مسلم موافق ، أو من مخالف مثله ، أو من كافر يوجب الرد والضمان، لقاعدة الالزام،[(٢)] فان اقرارهم على مذهبهم معناه اقرارهم بجميع شئونهم ، الاماخرج بالدليل ، وليس ذلك مماخرج بالدليل .

ومن ذلك يعلم، مجيء الامور الاربعة هنا ايضاً .

من ان الغاصب والمغصوب منه :

أما مخالفان ، أو أحدهما مخالف ، أو كلاهما غير مخالف .

ثم انه ان اختلف الغاصب والمغصوب منه في الموضوع بأن قال أحدهما: خمر : وقال الاخر : انها ليست بخمر، أو في الحكم بأن رأى أحدهم الحلية، ورأى الاخر الحرمة اجتهاداً ، أو تقليداً ، فالمرجع في اختلاف الموضوع العرف ، فان عينه العرف خمراً ترتب عليها أحكامها ، وان عينه العرف غير خمر لم يكن له حكم الخمر، وانما كان له حكم سائر المغصوبات لان الموضوع يؤخذ من العرف ، ولادليل على حجية قول الاخذ، أو المأخوذ منه في ذلك.

وأما اذا كان الاختلاف في الحكم ، فالمرجع الحاكم الذي يرجعان اليه،

---

(١) الوسائل : ج ١١ ص ٩٦ الباب ٤٨ من جهاد العدو ح ٣ .

(٢) الوسائل : ج ١٥ ص ٣٢١ ح ٦ .

(٣) الوسائل : ج ١٧ ص ٤٨٥ الباب ٤ من ميراث الأخوة والأخوات ح ٢ و ٥ .

وان كان كلاهما فقيهاً جامعاً للشرائط، لما ذكروه في [كتاب القضاء]، من ان الفقيهين ايضاً يجب ان يرجعا الى فقيه ثالث في فصل النزاع .

ومما تقدم يظهر ، مواقع النظر ، في كلام المحقق الرشتي حيث قال : ان المالية من الامور الاضافية، فقد يكون المغصوب ما لا عند الغاصب والمغصوب منه معاً ، وقد يختلف الحال ، فان كان الاول فلا كلام فيه ، وان كان الثاني ، فان كان مالا عند الغاصب دون المغصوب منه ، كما قد يختلف ذلك بسبب اختلاف الاجتهاد والتقليد في أسباب التملك ، فالضمان الواقعي منوط بماليته في نظر الشارع كما لايخفى، والضمان الظاهري منوط بنظر الحاكم لوتنازعا وترافعا اليه، الا انه يلزم المغصوب منه باقراره ، واعترافه لوقيل بنفوذ الاقرار الناشيء عن الاشتباه في الموضوع والحكم .

وان انعكس بأن كان مالا عند المغصوب منه دون الغاصب، فان لم يكن محترماً عند الغاصب كالخنزير المأخوذ من يد الحربي ، فلا اشكال ايضاً في عدم الضمان لو كان الحق مع نظر الغاصب ، وان كان مع نظر المغصوب منه لم يضمن ايضاً ، لانه غير محترم ، وان كان مالا ـ انتهى .

ثم ان ما تقدم انما هو حكم الذمي ، أما اذا كان الكافر معاهداً أو محايداً فالظاهر ان التظاهر بها ايضاً لايوجب عدم احترامها ، لافي المقام ، ولا في سائر المقامات ، مثلا : قبيلة كافرة ، أو مدينة كافرة تعاهدت مع المسلمين ، ولم يكن من شرط التعاهد التستر ، فان لهم في بلادهم ومحلاتهم التظاهر بالخمر

وغيره ، فاذا غصبها منهم مسلم لم يحق له ذلك ، وأمر بالمثل او القيمة كما سيأتي ، وكذلك في المحايد ممن لاذمة ولاعهد ، وانما حياد فقط والمسلمون لايتعدون عليهم وهم لايتعدون على المسلمين ، وقد ذكرنا بعض تفاصيل أحكام الاقسام الاربعة من الكفار في [كتاب الجهاد] وغيره ، والله سبحانه العالم .

(مسألة ـ٨ـ) قال في الشرائع: يضمن الخمر بالقيمة عند المستحل لا بالمثل ولو كان المتلف ذمياً على ذمي ، وفي هذا تردد .

وقال في القواعد : بالقيمة عند مستحليه لا بالمثل ، وان أتلف الكافر على اشكال .

وفي مفتاح الكرامة: ان كان متلف خمر الكافر المتستر مسلماً لزمته القيمة باجماع الفرقة واخبارهم كما في الخلاف ، واجماعهم كما في المسالك ، وعندنا كما في التذكرة ، ولابحث فيه كما في جامع المقاصد ـ انتهى .

واستدلوا لذلك باستحالة ثبوت الخمر في ذمة المسلم ، وان كانت مثلية، اذ ان الخمر لا يملكها المسلم ، فكيف تثبت في ذمته ، لكن ربما يقال : ان هذا الدليل أيضاً وارد بالنسبة الى القيمة ، فيقال : ان الخمر اذا لم تثبت في ذمة المسلم، فلماذا تثبت قيمتها؟ اللهم الا أن يقال: ان ثبوت المثل تعاط للخمر، بخلاف ثبوت القيمة والتعاطي يستفاد من الادلة حرمته بأية صورة كان الا صورة الاضطرار ولا اضطرار في المقام لامكان القيمة .

وعليه ، ففتواهم مقتضى الصناعة، ولو اختلفا في القيمة ، فالمرجع اصالة عدم الزيادة .

ومنه يعلم الحال فيما اذا غصبها الكافر ، حيث يجب عليه المثل ، ثم أسلم ، فانه يتحول الى القيمة .

وكذا حال العكس بأن اسلم المغصوب منه ، فانه يجب على الغاصب الباقي كافراً اعطاء القيمة له ، لانه انما صح اعطاء مثله له ، فيما اذا كانا كافرين .

أما اذا أسلم المغصوب منه ولايمكن اعطاء المثل له تحول الى القيمة .

ثم انه اذا كان المتلف كافراً،فعن الخلاف انه يضمن بالقيمة عند مستحليها، بدليل أخبارنا واجماع الفرقة، وعن التذكرة عندنا ، وفي مفتاح الكرامة انه خيرة المبسوط والسرائر والتحرير والمختلف والتبصرة والايضاح واللمعة والروضة والقاضي ومال هو الى المثل،لانه قال: لايلزم من الحكم باستحقاقها التظاهر بشربها والمعاملة عليها ، لان الذي عدوه من نواقض العهد ، وتركه من شرط الذمة اظهار شرب الخمر في دار الاسلام ، لامطلق البحث عنها ، فالمدار في عدم الحكم عليهم بالمثل على الاجماعات والاخبار المرسلة في الخلاف المعتضدة بالشهرة والا فالمنافات لشرع الاسلام لايخلو من نظر .

أقول : ولعله لذلك تردد في الشرائع والقواعد ولم يرجح في الدروس ومجمع البرهان على ما حكى عن بعضهم ، وقد ذكر وجه التردد انها مال مملوك لهم وهو مثلى ، فيضمن بمثله ، وانه يمتنع في شرع الاسلام الحكم باستحقاق الخمر ، وان كنا لانعترضهم اذا لم يتظاهروا بها فامتنع الحكم بالمثل للعارض فيجب الانتقال الى القيمة ، فهو مثل ما اذا تعذر المثل في المثلى ، وفصل في المسالك ومحكى جامع المقاصد لضمانه بالقيمة اذا ترافعوا الينا ، والافالمثل ، ومقتضى القاعدة انهم اذا لم يراجعوا الينا تركناهم وشأنهم من أخذ المثل أو القيمة ، لانا لاشأن لنا بذلك .

أما اذا ترافعوا الينا، فهو محل الكلام، وهل انا نحكم بالمثل ، أو بالقيمة ؟ احتمالان ، وحيث ان الحكم بالقيمة لاوجه لـه معتداً به الا الشهرة المحققة ، والاجماع المحكى ، فالقول بالمثل لايخلو من وجه، وان كان الاحتياط يقتضي موافقة المشهور .

وقد قوى الجواهر قول المشهور بقوله : ولعل هذا أقوى ، خصوصاً مع ملاحظة اشتراط التستر في احترامها، فمتى حكم لهم بها ظاهراً زال احترامها، والحكم باستحقاقها ظاهر في الاظهار ، خصوصاً اذا أنجر الى الاظهار عند الامتناع من الأداء فحبس حتى يؤدى .

أقول : ومن ذلك يعرف ، حال ما اذا غصب الخمر وهي باقية بعد ،فهل يجب رد العين أو رد القيمة؟ لان حاله حال رد الجمد الذي غصبه في الصيف رداً في الشتاء ، لان ملاك المسألتين واحد .

وبذلك ظهر، انه لايمكن الاستدلال لوجوب رد المثل بالنسبة الى المسلم الغاصب ، أو الذمي الغاصب بأن الشارع قررهم على ما التزموا به بمفهوم الاية المباركة ، حيث قال سبحانه :﴿قاتلوا الذين لايؤمنون بالله ، ولاباليوم الاخر ، ولايحرمون ماحرم الله ورسوله ، ولايدينون دين الحق من الذين أوتو الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون ﴾[(١)].

وروايات الالزام بما التزموا به[(٢)] بانهم حيث يلتزمون بانه مثلى ، فاللازم اعطائهم المثل ، اذ قد عرفت ان الشارع لما حرم التظاهر ، وذكر ان المسلم لايتعلق بذمته خمر، فهم من ذلك الرجوع الى القيمة .

ومما تقدم يعلم ، الكلام في غصب الخمر بالنسبة الى ضمانه ورده عيناً، أو قيمة في المسلم والكافر المتستر والمتظاهر، وغير ذلك مما تقدم ، والقيمة تعرف عند المستحل .

---

(١) سورة التوبة : آية / ٢٩ .

(٢) الوسائل : ج ١٧ ص ٤٨٥ الباب ٤ من ميراث الأخوة والأخوات ح ٢ .

ثم لعل الامرفي الخنزير أهون من حيث جواز جعل شعره حبلا، وجلده للاستقاء ، وشحمه للطلي وماأشبه ذلك،كما أشرنا اليه في [كتاب الرهن] و غيره .

وفي رواية غياث بن ابراهيم، عن جعفر، عن أبيه في حديث ان علياً عليه السلام ضمن رجلا اصاب خنزيراً لنصراني[١]، و رواه الصدوق مرسلا وزاد (قيمته)[٢].

(١) المستدرك : ج ٣ ص ٢٧١ الباب ٢١ من موجبات الضمان ح ١ .
(٢) الوسائل : ج ١٦ ص ١٩٦ الباب ٢٦ من موجبات الضمان ح ٢ .

(مسألة ـ٩ـ) قال في الشرائع : وهنا أسباب اخر يجب معها الضمان :

الاول : مباشرة الاتلاف، سواء كان المتلف عيناً كقتل الحيوان المملوك وتخريق الثوب ، أو منفعة كسكنى الدار وركوب الدابة، وان لم يكن هناك غصب .

أقول : لااشكال ولاخلاف على ان المباشرة تسبب الضمان، وان لم يسمى بالغصب، كما اذا كسر آنية الناس، أوقتل، أو خرق أو ما أشبه .

وفي الجواهر الاجماع بقسميه عليه، ان لم يكن ضرورياً والسبب صدق الايات والروايات، مثل : ﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه﴾[1] ﴿وجزاء سيئة سيئة﴾[2] ﴿ومن عاقب بمثل ما عوقب﴾[3] والروايات : مثل روايات القصاص ، والديات، وروايات الضمانات، ومن أتلف مال الغير، وعلى اليد، وفوّتها وما أشبه، فانه لايستبعد شمول اليد بالمناط وان لم يكن غصب، كما اذا أراق ماء غيره بدون أن يستولي عليه، وانما كان في اناء في يد مالكه مثلا ، فانه لايسمى غصباً، لكنه اتلاف بالمباشرة باليد ونحو ذلك .

قال في الشرائع : الثاني التسبيب وهو كل فعل يحصل التلف بسببه كحفر البئر في غير الملك، وكطرح المعاثر في المسالك .

وفي الجواهر : بلاخلاف أجده في أصل الضمان به، بل يمكن تحصيل الاجماع عليه .

أقول : هنا أمران :

الاول : ماهو التسبيب ؟

---

(١) سورة البقرة : آية / ١٩٦ .

(٢) سورة الشورى : آية / ٤٠ .

(٣) سورة الحج : آية / ٦٠ .

والثاني : ماهو الدليل على كون التسبيب سبباً للضمان في قبال الغصب؟ وفي قبال مباشرة الاتلاف ؟

أما الدليل على ان التسبيب يوجب الضمان، فهو روايات متواترة واردة في أبواب مختلفة، يستفاد منها هذا الكلي، بالاضافة الى الاجماع المتقدم .

أما الروايات فهي :

خبر السكوني ، عن أبي عبدالله عليه السلام ، قال رسول الله صلى الله عليه وآله : من أخرج ميزاباً أو كنيفاً، أوأوتد وتداً أوأوثق دابة أوحفر شيئاً في طريق المسلمين فأصاب فعطب فهو له ضامن.[1]

وصحيح الحلبي، عنه عليه السلام ، سألته عن الشيء يوضع على الطريق فتمر به الدابة بصاحبها فتعقره؟ فقال: كل شيء يضر بطريق المسلمين فصاحبه ضامن لما يصيبه.[2]

و خبر أبي الصباح الكناني ، عنه عليه السلام ايضاً : من أضر بشيء من طريق المسلمين فهو له ضامن.[3]

و صحيح زرارة ، عنه عليه السلام قلت له: رجل حفر بئراً في غير ملكه ، فمر عليها رجل فوقع فيها ؟ فقال عليه السلام: عليه الضمان، لان من حفر بئراً في غير ملكه كان عليه الضمان .[4]

وموثق سماعة قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام ، عن الرجل يحفر البئر في داره،

---

(١) الوسائل : ج ١٩ ص ١٨٢ الباب ١١ من أبواب موجبات الضمان ح ١ .

(٢) الوسائل : ج ١٩ ص ١٨١ الباب ٩ من أبواب موجبات الضمان ح ١ .

(٣) الوسائل : ج ١٩ ص ١٨١ الباب ٩ من أبواب موجبات الضمان ح ٢ .

(٤) الوسائل : ج ١٩ ص ١٧٩ الباب ٨ من أبواب موجبات الضمان ح ١ .

أو في ملكه؟ فقال: ما كان حفر في داره أو ملكه فليس عليه الضمان، وما حفر فى الطريق أو غيرملكه فهو ضامن لما يسقط فيها.(١)

و رواية الدعـائم ، عن أبي جعفر و أبي عبدالله عليهما السلام ، انهما قالا : من احتفر بئراً أو وضع شيئاً في طريق من طرق المسلمين في غير حقه فهوضامن لما عطب فيه.(٢)

وعن أبي عبدالله عليه السلام ، انه قال : من أوقف دابة في طريق ، أو سوق في غيرحقه فهو ضامن، لما أصابت بأي شيء أصابت.(٣)

و رواية المقنع قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله : من أخرج ميزاباً أو كنيفاً أو وتد وتداً أووثق دابة، أو حفر بئراً في طريق المسلمين، فان أصاب شيئاًفعطب، فهوله ضامن.(٤)

وعن الحلبي، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سأل عن بختى اغتلم فخرج من الدارفقتل رجلا فجاء أخو الرجل فضرب الفحل بالسيف؟ فقال عليه السلام :صاحب البختي ضامن للدية، ويقتص ثمن بختيه.(٥)

وفي رواية عبدالملك عن أبي عبدالله عليه السلام : ان أمير المؤمنين عليه السلام قال اذا صال الفحل أول مرة لم يضمن صاحبه، فاذا ثنى ضمن صاحبه.(٦)

---

(١) الوسائل : ج ١٩ ص ١٨٠ الباب ٨ من أبواب موجبات الضمان ح ٣ .
(٢) المستدرك : ج ٣ ص ٢٦٩ الباب ٨ من أبواب موجبات الضمان ح ١ .
(٣) المستدرك : ج ٣ ص ٢٦٩ الباب ٩ من أبواب موجبات الضمان ح ٢ .
(٤) المستدرك : ج ٣ ص ٢٦٩ الباب ١٠ من أبواب موجبات الضمان ح ١ .
(٥) الوسائل : ج ١٩ ص ١٨٧ الباب ١٤ من أبواب موجبات الضمان ح ١ .
(٦) الوسائل : ج ١٩ ص ١٨٧ الباب ١٤ من أبواب موجبات الضمان ح ٢ .

وعن الحلبي ، عن أبي عبدالله عليه السلام ، في حديث ، انه سأل عن الرجل ينفر بالرجل فيعقره ويعقر دابته رجل آخر؟ فقال: هو ضامن لما كان من شيء.(١)

وفي حديث، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : سألته عن رجل دخل دار رجل فوثب عليه كلب في الدار فعقره؟ فقال : ان كان دعى فعلى اهل الدار ارش الخدش، وان كان لم يدع فدخل فلا شيء عليهم .(٢)

وعن السكوني، عن أبي عبدالله قال: قضى أمير المؤمنين في رجل دخل دار قوم بغير اذن فعقره كلبهم ، قال : لاضمان عليهم ، و ان دخل بأذنهم ضمنوا .(٣)

وعن عبيدالله الحلبي، عن رجل، عن أبي جعفر عليه السلام قال : بعث رسول الله صلى الله عليه وآله علياً الى اليمن ، فأفلت فرس لرجل من أهل اليمن، ومر يعدو ، فمر برجل فنفحه برجله فقتله ، فجاء أولياء المقتول الى الرجل فأخذوه فرفعوه الى علي عليه السلام ،فأقام صاحب الفرس البينة عند علي ان فرسه افلت من داره ، فنفح الرجل فأبطل علي عليه السلام دم صاحبهم ، فجاء أولياء المقتول من اليمن الى رسول الله، فقالوا: يا رسول الله !ان علياً ظلمنا، وأبطل دم صاحبنا، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله : ان علياً ليس بظلام ، ولم يخلق للظلم ، ان الولاية لعلي من بعدي ، والحكم حكمه، والقول قوله، لايرد حكمه وقوله وولايته الا كافر .(٤)

وعن أبي عبيدة ، عن أبي جعفر عليه السلام قال : في رجل تزوج امرأة من

---

(١) الوسائل : ج ١٩ ص ١٨٨ الباب ١٥ من أبواب موجبات الضمان ح ١ .
(٢) الوسائل : ج ١٩ ص ١٨٩ الباب ١٧ من أبواب موجبات الضمان ح ١ .
(٣) الوسائل : ج ١٩ ص ١٩٠ الباب ١٧ من أبواب موجبات الضمان ح ٢ .
(٤) الوسائل : ج ١٩ ص ١٩٢ الباب ٢٠ من أبواب موجبات الضمان ح ١ .

وليها فوجد بها عيباً بعدما دخل بها ؟ قال : فقال : اذا دلست العفلاء والبرصاء والمجنونة والمفضاة ومن كان لها زمانة ظاهرة ، فانها ترد على أهلها من غير طلاق وليأخذ الزوج المهر من وليها الذي كان دلسها[٢].

وعن رفاعة بن موسى قال : سألت أباعبدالله عليه السلام ، عن البرصاء ؟ قال : فقال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام في امرأة زوجها وليها وهي برصاء انلها المهر بما استحل من فرجها ، وان المهر على الذي زوجها ، وانما صار عليه المهر لانه دلسها[٣].

و عن الحلبي ، عن أبي عبدالله عليه السلام ، في حديث قال : انما يرد النكاح من البرص والجذام والجنون والعفل ، قلت : أرأيت ان كان قد دخل بها ، كيف يصنع بمهرها ؟ قال: المهر لها بمااستحل من فرجها وليغرم وليها الذي أنكحها مثل ما ساق اليها[٤].

الى غيرها من الروايات المشابهة للروايات المتقدمة الموجبة، لان يكون الولي ضامناً المهر ، لانه سبب .

وعن محمد بن مسلم ، عن أبي عبدالله عليه السلام ، في شاهد الزور ما توبته ؟ قال : يؤدي من المال الذي شهد عليه بقدر ما ذهب من ماله ان كان النصف، أو الثلث ان كان شهد هذا وآخر معه[٥].

وفي روايةاخرى مثله، الا انه قال: ان كان شهد هو وآخر معهأدى النصف[١].

---

(١) الوسائل : ج ١٤ ص ٥٩٣ الباب ٢١ من أبواب العيوب ح .
(٢) الوسائل : ج ١٤ ص ٥٩٦ الباب ٢ من أبواب العيوب ح ٢ .
(٣) الوسائل : ج ١٤ ص ٥٩٧ الباب ٢ من أبواب العيوب ح ٥ .
(٤) الوسائل : ج ١٨ ص ٢٣٨ الباب ١١ من أبواب العيوب ح ١ .
(٥) الوسائل : ج ١٨ ص ٢٤٠ الباب ١٢ من أبواب الشهادات ح ١ .

وعن جميل، عن أبي عبدالله عليه السلام، في شاهد الزور ؟ قال : ان كان الشيء قائماً بعينه رد على صاحبه ، و ان لم يكن قائماً ضمن بقدر ما أتلف من مال الرجل.(٢)

وعن ابن أبي محبوب ، عن بعض أصحابه ، عن أبي عبدالله في أربعة شهدوا على رجل محصن بالزنا ، ثم رجع أحدهم بعدما قتل الرجل ؟ قال : ان قال الرابع : أوهمت ضرب الحد وأغرم الدية ، وان قال : تعمدت قتل.(٣)

وعن ابراهيم بن معين الازدي قال : سألت أباعبدالله عليه السلام ، عن أربعة شهدوا على رجل بالزنا ، فلما قتل رجع احدهم عن شهادته ؟ قال : فقال : يقتل الراجع ويؤدي الثلاثة الى أهله ثلاثة أرباع الدية.(٤)

وعن مسمع الكردين، عن أبي عبدالله عليه السلام، في أربعة شهدوا على رجل بالزنا فرجم ، ثم رجع أحدهم ، فقال : شككت في شهادتي ؟ قال : عليه الدية ، قال : قلت : فانه قال : شهدت عليه متعمداً ؟ قال : يقتل.(٥)

وعن أبي بصير، عن أبي عبدالله عليه السلام ، في امرأة شهد عندها شاهدان بأن زوجها مات فتزوجت ثم جاء زوجها الاول ؟ قال : لها المهر بما استحل من فرجها الاخير ، ويضرب الشاهدان الحد، ويضمنان المهر لها عن الرجل، ثم تعتد وترجع الى زوجها الاول.(٦)

---

(١) الوسائل : ج ١٨ ص ٢٣٨ الباب ١١ من أبواب العيوب ذيل ح ١ .
(٢) الوسائل : ج ١٨ ص ٢٣٨ الباب ١١ من أبواب الشهادات ح ٢ .
(٣) الوسائل : ج ١٨ ص ٢٤٠ الباب ١٢ من أبواب الشهادات ح ١ .
(٤) الوسائل : ج ١٨ ص ٢٤٠ الباب ١٢ من أبواب الشهادات ح ٢ .
(٥) الوسائل : ج ١٨ ص ٢٤٠ الباب ١٢ من أبواب الشهادات ح ٣ .
(٦) الوسائل : ج ١٨ ص ٢٤١ الباب ١٣ من أبواب الشهادات ح ١ .

وعن محمد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام ، في رجلين شهدا على رجل غائب عن امرأته انه طلقها فاعتدت المرأة وتزوجت ، ثم ان الرجل الغائب قدم فزعم انه لم يطلقها وأكذب نفسه أحد الشاهدين ؟ فقال : لاسبيل للاخير عليها ، ويؤخذ الصداق من الذي شهد ورجع فيرد على الاخير ويفرق بينهما وتعتد من الاخير ولايقربها الاول حتى تنقضي عدتها[(١)].

وعن محمد بن قيس ، عن أبي جعفر عليه السلام قال : قضى أميرالمؤمنين في رجل شهد عليه رجلان بأنه سرق فقطع يده حتى اذا كان بعد ذلك جاء الشاهدان برجل آخر، فقالا : هذا السارق وليس الذي قطعت يده انما شبهنا ذلك بهذا فقضى عليهما ان غرمهما نصف الدية ، ولم يجز شهادتهما على الاخر[(٢)].

وعن السكوني ، عن جعفر ، عن ابيه ، عن علي عليه السلام في رجلين شهدا على رجل انه سرق فقطعت يده ثم رجع احدهما ؟ فقال : شبه علينا، غرم دية اليد من أموالهما خاصة، وقال: في اربعة شهدوا على رجل انهم رأوه مع امرأة يجامعها وهم ينظرون فرجم ثم رجع واحد منهم ؟ قال : يغرم ربع الدية اذا قال شبه علي" واذا رجع اثنان وقالا شبه علينا غرما نصف الدية ، وان رجعوا كلهم وقالوا: شبه علينا غرموا الدية ، فان قالوا شهدنا بالزور قتلوا جميعاً[(٣)].

وفي رواية السكوني ، عن جعفر ، عن أبيه عليهما السلام : ان رجلين شهدا على رجل عند علي عليه السلام انه سرق فقطع يده ثم جاءا برجل آخر ، فقالا : أخطأنا

---

(١) الوسائل : ج ١٨ ص ٢٤٢ الباب ١٨ من أبواب الشهادات ح ٣ .
(٢) الوسائل : ج ١٨ ص ٢٤٣ الباب ١٤ من أبواب الشهادات ح ١ .
(٣) الوسائل : ج ١٨ ص ٢٤٣ الباب ١٤ من أبواب الشهادات ح ٢ .

هو هذا فلم يقبل شهادتهما وغرمهما دية الاول.[1]

الى غيرها من الروايات التي يجدها المتتبع في مختلف الابواب ،والتي تدل على ان السبب يقتل ويغرم ، ولابأس في المقام بنقل كلمات جملة من الاعلام في تعريف السبب و التسبيب مما نقلها مفتاح الكرامة وتبعه صاحب الجواهر .

قال العلامة في القواعد : الضمان أركانه ثلاثة :

الاول :الموجد وهو ثلاثة الاول التفويت بالمباشرة وهو ايجاد علة التلف كالقتل والاكل والاحراق .

الثاني : التسبيب وهو ايجاد ما يحصل التلف عنده ، لكن بعلة اخرى اذا كان السبب مما يقصد بتوقع تلك العلة كالحافر وفاتح رأس الظرف والمكره على الاتلاف

الثالث : اثبات اليد اذا كان بغير حق، فهو غصب وهو الاستقلال باثبات اليد على مال الغير عدواناً ـ انتهى .

ومثله ما في التحرير وهو يوافق كلامه في الديات ايضاً ، وعرف في الارشاد والدروس بأنه ايجاد ملزوم العلة .

وقال في غاية المراد : التسبيب على ما فسره الفقهاء ايجاد ملزوم العلة قاصداً بتوقع تلك العلة .

وفي الشرائع : انه كل فعل يحصل التلف بسببه .

وفي جامع المقاصد : ان الاولى أن يقال في تفسير التسبيب انه ايجاد ما

(١) الوسائل : ج ١٨ ص ٢٤٣ الباب ١٤ من أبواب الشهادات ح ٣ .

يحصل التلف عنده، لكن بعلة اخرى اذا كان السبب مما يتوقع معه علة التلف بأن يكون وجودها معه كثيراً .

وفي قصاص القواعد : فسر السبب بما له أثر ما في التوليد كما للعلّة ، لكنه يشبه الشرط من وجه وفسر الشرط بما يتوقف عليه تأثير المؤثر، ولامدخل له في العلية قال : كحفر البئر بالنسبة الى الوقوع اذ الوقوع مستند الى علته وهي التخطي ، فالشرط هناك هو السبب هنا وجعل من أقسام السبب الاكراه وشهادة الزور، وفسر القواعد السبب في باب الديات بأنه كل ما يحصل التلف عنده بعلة غيره ، الا انه لولاه لما حصل من العلة كالحفر مع التردي .

وقال في المسالك ما حاصله: ان عرفنا السبب بأنه ما لولاه لماحصل التلف ضمن ، لانه لولا غصب الام لما مات الولـد عادة ، فالسببيّة متحقّقة ، وان فسرناه بايجاد ما يحصل التلف عنده لعلة اخرى اذا كان السبب مما يقصد لتوقع تلك العلة فيتوقف ثبوت سببيته على قصد الغاصب للشاة الى اتلاف الولد ، وقد اعترض جامع المقاصد على تعريف غاية المراد الذي نسبه الـى الفقهاء بأنه انما يصدق في الغاصب اذا قدم طعام الغير الى آكل مبيحاً له، لانه قاصد حينئذ بالتقديم الاكل ، ولاريب ان حفر البئر سبب وطرح المعاثر سبب بـلا خلاف ، ثم قال : و الظاهر ان مراد الجماعة كون قصد توقع العلـة باعتبار الشأن ، فيكون تقديره هكذا التسبيب ايجاد ملزوم العلة الذي شأنه ان يقصد معه توقع تلك العلة ، و فسر المقدس الاردبيلي التسبيب بأنه ايجاد سبب معد للاتلاف .

وقال في الايضـاح : في وجه التردد في ضمان الولد بموته جوعـاً لو حبس الشاة، أو حبس المالك عن حراسة ماشيته فاتفق تلفها ، أو غصب دابة

فتبعها ولدها قال : ينشأ في الاول من انه مات بسببه لصحة اسناده اليه عرفاً ، ولان السبب هو فعل ما يحصل الهلاك عنده لعلة سواه ، وهـذا تفسير بعض الفقهاء ، وزاد آخرون ولولاه لما أثرت العلة ، وهذا التفسير أولى ، فعلى هذا ليس هو السبب ، ولانه يمكن اعتياده بغيره وهو أعم ، فليس بسبب ولايد له عليه ولامباشرة ولاضمان وهذا منشأالنظر في الباقين، وأيضاً ينشأ في الثاني من انه تصرف في المالك ، لافي المال ، ومن حيث انه سبب عرفاً .

وأما في الثالث: فمن حيث انه سبب لحدوث ميل يشبه القسرى لوجود ميل الولد الى امه طبعاً ، فهو سبب ، ومن الشك في كونه سبباً شرعيّاً في الضمان ، والاصل البرائة .

وقال في الجواهر بعد نقل جملة من هذه الكلمات : ولعل المحصل منها الضمان على وجه يجعل ضابطاً هو ايجاد ما يصلح ان يقصد حصول التلف به في بعض الاحيان و لو بواسطة غيره معه ، سواء كان له مدخلية في علية العلّة كالحفر ، أو في وجودها كالغرور والاكراه .

ثم انه اشكل عليهم بقوله: لم نعرف الداعي لهم الى صدور هذه الكلمات بعد خلو نصوصهم عن اللفظ المزبور عنواناً للحكم ، و انّما الموجود في النصوص ما عرفت ، أي بعض الروايات المتقدمة ، ومنه يتعدى الى امثاله بعد العلم بعدم الخصوصية للمذكور فيها ، أو يستند الى ما سمعته من العموم في بعضها، والاصل البرائة فيما لايضاف اليه الاتلاف حقيقة، ولايندرج في الامثال المزبورة ، بل مع الشك فيه كذلك ايضاً ، ثم قال : لايبعد كون المراد لهم ضبط ما استفاد الضمان به من النصوص المزبورة ، لا ان المراد كون المدار

على صدق اسم السبب، خصوصاً بعد ان لم يكن له معنى منقحاً عرفاً ـ انتهى.

أقول: ما ذكره اخيراً هو الوجه لذكرهم، حيث انهم ارادوا بيان موجبات الضمان الثلاثة المذكورة المباشرة والتسبيب و اليـد ، فلولا انهـم يجمعون المستفاد من الروايات في جملة ماذا كانوا يقولون فـي قبال التفويت و اثبات اليد ، واللازم في الموارد الجزئية انـه يوجب الضمان اذا كان ملاك الموارد الجزئية في الروايات موجوداً في الموارد الجزئية المشابهة لها، أو كان داخلا في كلي مثل : ﴿ وجزاء سيئة ﴾[1] ﴿ ومن عاقب ﴾[2] ﴿ فمن اعتدى عليكم ﴾[3] ومأشبه ، فاذا كان أحد هذين الامرين ، فهو والا فان شك في المشابهة، أو في الدخول في هذه الكليات كان الاصل عدم الضمان .

ثمّ انّ المحقّق الرشتي ذكر كلاماً طويلا في هذا الباب ، نقتطف منه موضعين لما فيه من الفائدة ، مع ذكر ما يمكن أن يرد عليه ، فقال : السبب الموجب للضمان عبارة عن فعل يتوقع ، ولو أحياناً معه التلف، أي لايبعد أن يترتب عليه ذلك ، ولو لم يكن سبباً شأنياً .

وتوضيح ذلك ان بعض الافعال سبب للاتلاف بحسب نوعه وأفراده الغالبة وهو الذي يلزم من وجوده الوجود لذاته ، أو مـع عدم مزاحمة المانع ، أو معارضة عدم الشرط ، وبعضه سبب له باعتبار خصوصية المورد، كاللطم الذي صار سبباً للقتل باعتبار ضعف الملطوم عليه ، أو باعتبار خصوصية اخرى في المحل ، وبعضها ما ليس كذلك ايضاً ، بل قد يترتب عليه في بعض الاحيان

---

(١) سورة الشورى : آية / ٤٠ .

(٢) سورة الحج : آية / ٦٠ .

(٣) سورة البقرة : آية / ١٩٤ .

التلف بواسطة سببه ومؤثره ، فالترتب هنا ترتب الشيء على الشرط أو نحوه كالجزء ، دون ترتب المقتضى على المقتضى .

والمراد بالسبب في المقام ليس أحد القسمين الاولين جداً، لان ايجادهما داخل في مباشرة الاتلاف، بل القسم الاخير ، فيكون عبارة عن كل فعل يقع في الخارج شرطاً لامر مؤثر في الاتلاف، أو جزء له ، سواء كان وقوعه شرطاً اغلبياً أو غالبياً ، أو لا ما لم يبلغ حد الندرة التي يلحق بالعدم، كما صرح به المحقق الثاني في محكى شرح القواعد .

وأما ما يبلغ هذا الحد ففيه تفصيل بين الفعل محرماً و محللا ، فالمراد بالترتب المأخوذ في تعريف السبب ترتب الشيء على غير تمام السبب الذي هو المؤثر ، سواء كان جزءاً له ، أو شرطاً ، ومن هنا أعتبر أكثر الاصحاب في تعريفه التوقع ، والاحتمال والحصول فقالوا : ما هو يتوقع معه حصول التلف بسببه ، أو يحصل معه التلف ونحو ذلك ولم يقولوا ما هو ما يؤثر في التلف، ثم يشترط ان يكون ذلك السبب الذي اثر في التلف مع ذلك الفعل من غير الافعال الاختيارية كاحراق النار وشعاع الشمس ونحوهما .

فلو كان اختيارياً كان استناد التلف اليه اولى لقوة المباشرة على التسبيب، الى ان قال : ثم ان لتأثير هذا التسبيب في الضمان شروطاً شرعية راجعة الى الحكم ، كما ان الشرط السابق راجع الى شرط الموضوع :

الاول : أن يكون في غير الملك ، فلو كان في الملك لم يضمن مطلقاً ، لان تصرفات الملاك في املاكهم مما رخص فيها الشارع، ولو كانت باعتبار الدواعي النفسانيّة التي يقترحها المتصرف على وجه زيادة التأثير بالنسبة الى

الاباحة الشرعيّة في الاحكام الوضعيّة من الضمان وغيره ، فلايترتّب عليها الضمان بعد ثبوت الرخصة الشرعية ، لكن هذا اذا لم يكن الفعل مما يستلزم ضرراً على الغير بأن يكون سبباً ، أو علة تامة لحصول الضرر ، والاّ فهو من موارد تعارض قاعدتي السلطنة[١] ونفي الضرر[٢] وهو خارج عن محل الكلام.

الثاني : أن لايكون مباحاً شرعياً ، فلو كان كذلك لم يضمن الاّ على بعض الوجوه الاتية .

الثالث: ان لايكون مقروناً بالغرض الصحيح العقلائي، ولو كان نفسانياً بأن يندرج تحت اللغو والعبث ، فلو كان معرضاً لغرض صحيح مخرج عن اللغويّة لم يضمن ايضاً للاصل السالم عن معارضة الدليل الوارد ، وقاعدة الاحسان كما سيأتي .

فان قلت رواية الميزاب ونحوها دليل الضمان ايضاً، لان نصبه معلل بغرض صحيح، وليس بلغو، قلت: نصب الميزاب في ذلك الزمان ، أي زمان صدور الرواية خصوصاً في بلاد العرب لايبعد ان كان عدواناً وتعدياً عرفياً ، لكثرة ما يترتب عليه من الاذيات والاتلافات لضعف الجدران، وعدم ارتفاع الدور، وستعرف ان المباح المعدود من التعدي على الناس عرفاً مضمن ايضاً، مضافاً الى قصورها في الانتهاض في مخالفة الاصل مع مخالفة جمع من المحقّقين وعدم اشتمالها على ما يوجب للتعدي عن موردها المخصوص بحيث يكون قاعدة كلية .

---

(١) البحار : ج ٢ ص ٢٧٢ (الطبعة الحديثة) .

(٢) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٤١ و ٣٤٢ .

الرابع : أن يعد في العرف والعادة عدواناً ، وان لم يكن حراماً شرعياً ، فان بعض الافعال مثل ايقاف الدابة في وسط الطريق عند تزاحم الناس، وان كان مسوغاً شرعاً ، لكن يعد في العرف عدواناً وظلماً ، اذ الطباع السليمة تشمئز منه وتنزجر عنه وهو أشبه شيء لمنافيات المروة ، فلولم يكن كذلك لم يضمن أيضاً ، فصار الحاصل ان الفعل الواقع في الملك مطلقاً ، والواقع في غيره المقرون بالغرض العقلائي مع سلامته عن العدوان العرفي لايوجبان الضمان ، وماعداهما يوجبه .

والدليل على تلك الدعويين الاخبار ، وكلمات العلماء مع ملاحظة الاصل ، وقاعدة الاحسان ، فانها لاتدل على أزيد مما ذكرنا ،كما انها تدل على الضمان في ماذكرنا ـ انتهى .

أقول : يرد عليه ان تقسيمه السبب الى الاقسام الاربعة ليس بأجلى من تقسيم الفقهاء الامر الى المباشر و السبب ، فان كل ما لا يعد سبباً مباشراً في العرف يكون من السبب اذا كان له مدخلية في الامر ، ثم ان قوله : فلو كان اختيارياً كان استناد التلف اليه أولى فيه ان قوة المباشرة على التسبيب ليس مطلقاً.

ولذا في الثلاثة الذين يأخذ أحدهم انساناً ، ويرى الاخر بأن يكون ربيئاً ويقتل الثالث يقتل القاتل ، ويخلد في السجن الاخذ ، وتقلع عينا الرائي[1] مع انه لاشك في ان المباشر أقوى من السبب الذي هو الاخذ .

ثم روايات الناخسة التي مثل بها بعد ذلك ليست موافقة للقاعدة ، فجعلها

---

(١) كما في الفقيه ج ٣ ص ٢٠ الباب ١٥ في الحبس بتوجه الأحكام ح ٣ .

موافقة للقاعدة وتطبيقها على ما ذكره بعيد ، أحداها عن الاصبغ بن نباتة قال قضى أمير المؤمنين عليه السلام في جارية ركبت جارية فنخستها جارية اخرى ، فقمصت المركوبة فصرعت الراكبة فماتت فقضى بديتها نصفين بين الناخسة والمنخوسة [١] ، لان مقتضى القاعدة لولا هذه الرواية أن تكون الدية كلها على الناخسة ، لان المنخوسة عملت عملا غير اختياري .

فهو مثل أن يلقي انسان انساناً من السطح على انسان تحته فيموت ذلك الانسان ، فان الاستناد انما يكون الى الانسان الدافع ، لا الى الانسان الواقع بغير اختياره .

ومثله الرواية الثانية التي رواها المفيد في الارشاد ، كما في الوسائل ان علياً عليه السلام رفع اليه باليمن خبر جارية حملت جارية على عاتقها عبثاً ولعباً ، فجاءت جارية اخرى فقرصت الحاملة فقفزت لقرصها ، فوقعت الراكبة فاندقت عنقها فهلكت ، فقضى علي عليه السلام على القارصة بثلث الدية ، وعلى القامصة بثلثها ، وأسقط الثلث الباقي لركوب الواقصة عبثا القامصة ، فبلغ النبي صلى الله عليه وآله فأمضاه [٢] .

وعن المقنعة روايته مرسلا [٣] ، فان هذه الرواية أيضاً على خلاف القاعدة ، فان الركوب عبثاً لا يسبب أن يسقط من ديتها شيئاً اذا كان الامر على وفق القاعدة الاولية ، كما عرفت كونها على خلاف القاعدة في المرأة المركوبة .

فقول المحقق المذكور : لان علة التلف كانت مركبة من فعل الناخسة

---

(١) الوسائل : ج ١٩ ص ١٧٩ الباب ٧ من أبواب موجبات الضمان ح ١ .
(٢) الوسائل : ج ١٩ ص ١٧٩ الباب ٧ من أبواب موجبات الضمان ح ٢ .
(٣) الوسائل : ج ١٩ ص ١٧٩ الباب ٧ من أبواب موجبات الضمان ذيل الحديث ٢ .

والمنخوسة والراكبة ، لان الركوب لما كان بغيرغرض عقلائي كاللهو واللعب وقع ثلث الدية بأزائه ، وتمكين المنخوسة للركوب أيضاً أخذ ثلث الدية ، والثلث الباقي ضمن الناخسة اياه ـ انتهى ، محل نظر ظاهر .

أما التي ذكرها من شروط الحكم ، فيرد على الشرط الاول بعد عدم اعتبار المالك ، اذ قد يكون الانسان يحفر البئرفي شيء موقوف يسكنه،وهذا أيضاً كالملك لايوجب الضمان ، وقد يحفر في الصحراء لاجل انتفاع المارة وليس بملكه ، وهذا أيضاً لايوجب السقوط فيه الضمان ، ان الملك اذا كان معرضاً كان اللازم الضمان أيضاً .

كما اذا كانت له دار خربة فيمر منها الزوار الذين لايعلمون بأنها للغير، وانما تكون طريقاً الى الحرم مثلا ، فانه اذا حفر بئراً في مثل هذه الارض كان مقتضى القاعدة الضمان ، لان العطب يستند اليه .

أما الشرط الثاني : وهو الاباحة وعدمها ، فلا شأن له في موضوعنا ، اذ المعيارهوالاستناد والاستناد يجتمع مع الاباحة وعدمها ،كما ان عدم الاستناد يجتمع معهما وبين الامرين عموم من وجه ، ولادليل على هذا الشرط من آية أو رواية أو قول فقيه مستند الى قاعدة أو أصل أو ماأشبه .

وكذلك الشرط الثالث ، فان وجود الغرض العقلائي وعدمه لامدخلية له في الاستناد وعدم الاستناد ، والاستناد وعدمه ميزان الضمان ، وعدم الضمان لا الغرض وعدم الغرض ، وقوله بالنسبة الى الميزاب انه في ذلك الزمان، غير ظاهر الوجه ، اذ ماذكره تخصيص للرواية بغير مخصص ، بل ورود الرواية عن الامام الصادق صلوات الله عليه ، نقلا عن رسول الله ﷺ مع وضوح ان

في زمان الامام الصادق عليه السلام كانت الميازيب كالميازيب في زماننا هذا ، لان بغداد والبصرة والكوفة كانت مدن عامرة ،وكانت الدور والحيطان والميازيب أمثال هذه الازمنة .

وذلك لايدع مجالا للتخصيص المذكور، فقدروي السكوني، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله من أخرج ميزاباً أو كنيفاً ، أو أوتد وتداً أو أوثق دابة ، أو حفر شيئاً في طريق المسلمين فأصاب شيئاً فعطب فهو لـه ضامن (١).

ثم شرطه الرابع بأن يعد في العرف والعادة عدواناً ، وان لم يكن حراماً شرعياً يرد عليه .

أولا : أن تفكيكه بين الظلم العرفي والظلم الشرعي غير ظاهر، فاذا عد شيء في العرف ظلماً ترتب عليه الحكم الشرعي ، لان الموضوع يؤخذ من العرف لامن الشرع ، الا في موارد نادرة تصرف الشارع في الموضوع .

وثانياً : ان ايقاف الدابة في وسط الطريق عند تزاحم الناس لم يرد في نص حسب مانعلم بهذه الخصوصية ، وانما ماورد في النص هو ماذكرناه من قوله صلى الله عليه وآله : أوثق دابة (٢) ، فلاخصوصية لازدحام الطريق وعدم ازدحام الطريق، الى غيرذلك من موارد المناقشة في كلامه المنقول وغير المنقول، والله سبحانه العالم .

وكيف كان فقد عرفت ان المناط في الضمان أحد أمرين : أما الملاك في

---

(١) الوسائل : ج ١٩ ص ١٨٢ الباب ١١ من أبواب موجبات الضمان ح ١ .

(٢) الوسائل : ج ١٩ ص ١٩٢ الباب ٢٠ من أبواب موجبات الضمان ح ١ .

الروايات الخاصة الواردة في المقام ، وأما الكليات المنطبقة على الافراد .

فحصر الجواهر الضمان في الامر الاول حيث قال: فالتحقيق حينئذ كون المدار على المستفاد من النصوص المزبورة وغيرها ، مما صرح فيها بالضمان به والتعدية منه الى مشابهه في ذلك بالاجماع ، أو بفهم عرفي ينتقل منه الى كون المذكور مثالا لما كان من سنخه، غير ظاهر الوجه الا أن يريد من النصوص المزبورة الاعم من الكليات والامثلة ، لكنه خلاف ظاهر قوله مثالا في آخر كلامه المتقدم .

وعليه فلو شك في أحد الامرين لايمكن التعدي بل الاصل عدم الضمان، كما ان قوله بعد ذلك والظاهر عدم كون التعدي والتفريط الموجبين للضمان في الامين من ذلك حتى يصح التعدي منها الى ما ماثله في غير الامين، فيكون دلالة السارق وفتح الباب ومنع المالك حراسة ماشيته موجباً للضمان ،باعتبار ايجاد مثله في الامين الذي مدار ضمانه على التعدي والتفريط الصادق ثانيهما في المفروض اذا كان من الامين دون غيره ـ انتهى .

محل نظر اذ دلالة السارق وفتح الباب ومنع المالك حراسة ماشيته يجب أن يقال بأنها موجبة للضمان أيضاً في ما نحن فيه ، اذ يشمله الادلة العامة : مثل ﴿ فمن اعتدى﴾[1] ومثل : ﴿وجزاء سيئة﴾[2] وغيرهما .

وقد ذكر الفقهاء انه لو فتح باب القفص، أو باب الاصطبل أو ما اشبه فطار الطائر، وهربت الماشية كان ضامناً،وهو مقتضى القاعدة، ثم من الكليات المذكورة في الايات وبعض الروايات .

---

(١) سورة البقرة : آية / ١٩٤ .

(٢) سورة الشورى : آية / ٤٠ .

ومن الامثلة المذكورة في جملة من الروايات مما ملاكها آت في غير تلك الامثلة يعلم عدم اعتبار قصد توقع العلة فيه، ولا أكثرية ترتب التلف به، ولامنشئيته، بل ولوكان ذلك نادراً، فانه يوجب الضمان اذا صدق أحدالامرين بل ولو كان قصده الاحسان ، فان القصدالحسن كقصد الطبيب والبيطار وما اشبه لايوجب رفع الضمان .

وكذا قصد من دعى انساناً الى داره فعقره كلبه، وان لم يكن حين الدعوة متوجهاً الى وجود الكلب ، أو الى احتمال عقر الكلب له ، فان الضمان فوق ماعلى المحسنين من سبيل، دلالة ، فانه حاكم عليهاولذا يقدم عليها .

ثم انك حيث قد عرفت ان حفرالبئر قد يكون في الملك موجباً للضمان وقد يكون في غير الملك غير موجب للضمان ، يظهر وجه النظر في قول الجواهر وقول المطلقين حيث قال : فقد اطلق المصنف وغيره كون حفر البئر في غيرالملك سبباً للضمان ، وهو أعم من الحفر في طريق مسلوك أو في ملك الغير، أو في ملك مشترك .

بل عن ظاهر الغنية الاجماع على ذلك ـ انتهى ، فانه لايمكن الالتزام بذلك والاجماع ظاهر الاستناد كما هو واضح .

ومن ذلك يعرف حال مااذا حفر بئراً في أرضه، ثم ترك الارض وأعرض عنها حتى التحقت بالمباحات وأخذها غيره أو لم يأخذها ، وحال ما اذا حفر بئراً في ملك الغير ، ثم اشتراها أومااشبه، وحال افواه القنوات في الصحارى المكشوفة وحال مااذا حفر بئراً وجعل حول فوهتها محجراً، ثم سقط المحجر، امااذا اسقطه غيره فلايبعد أن يكون الضمان على المسقط، لانه يعد عرفا السبب

والمعتدى وفاعل السيئة وما أشبه، وحال ماذا جعل اسلاكاً شائكة أو اسلاكاً كهربائية حول مكان حال حفر البئر .

نعم ينبغي أن يتكلم حول انه هل يجوز أن يجعل ذلك مما فيه خطر على لناس ، اذا أراد بذلك حفظ مال نفسه كالبنوك أو كالدور المعرضة لمجيء السارق وماأشبه؟ احتمالان من جواز الدفاع عن المال والارض والنفس ولو بقتل الطرف ، كما في الروايات المذكورة في كتابي [الدية والقصاص] ونحوهما .

ومن ان ازهاق النفس المحترمة بمجرد احتمال سرقة أو ماأشبه غير معلوم الجواز، ولعل الموارد تختلف فاذا كان السارق يأتي ويسرق ماقيمته مثلا مقدار دينار يمكن أن يقال بعدم الجواز، أما اذا كان السارق اذا أتى سرق مالا كبيراً أوهتك عرضاً أو قتل نفساً كان ذلك جائزاً، وذلك لمسئلة الاهم والمهم وغيرها.

ومنه يعلم حال ما اذا احتمل وقوع انسان آخر في المحذور ، أي غير السارق كالذي يطيّر الحمام، أو الذي يريد العبور من السطح الى مكان آخر، أو ماأشبه، سواء كان عمله ذلك جائزاً كالمضطر الهارب من السلطة، أو حراماً كالذي يطير الحمام ، فان دخوله دار الغير ليس بجائز .

واذا حفر في الملك المشترك بينه وبين غيره فسقط فيها الشريك، فالظاهر الضمان للكل لا للنصف باعتبار ان نصفه له ، اذ سببية الحفر للقتل وللعطب لامقيد لها .

نعم لو حفر اثنان أوثلاثة أوأكثر بئراً فعطب بسببها انسان أوحيوان موتاً أو نقصاً أو جرحاً ، فالظاهر ضمان الجميع على حد سواء ، سواء كان الحفر

من أجير المشتركين بأن اعطيا مالا لانسان فحفر البئر، أوحفر أحدهما نصفها الفوقاني والاخر نصفها التحتاني ، أوحفر كل واحد منهما النصف عمودياً لوحدة الملاك في الجميع .

ولافرق بين أن يكون الحفر في الطريق لمصلحة المسلمين كالحفر لبالوعة مياه الامطار والاستقاء ونحو ذلك، أو لم يكن بل كان عدواناً أو عبثاً واعتباطاً، أو لمصلحة نفسه أو ماأشبه ، لاطلاق الادلة المتقدمة .

ولذا قال في الجواهر : مقتضى اطلاقهم عدم الفرق في المتردى بين أن يكون المالك أو غيره، وبين الداخل باذنه أو غيره، وبين كون البئر مكشوفة أو مغطاة ، بل مقتضى اطلاق غير واحد عدم الفرق بين كون ذلك لمصلحة المسلمين وغيره .

بل عن الفخر التصريح بالاخير، لكن عن الشيخ والفاضل وثاني الشهيدين والاردبيلي عدم الضمان اذا كان الحفر في الطريق لمصلحة المسلمين، كالحفر للبالوعة والاستقاء ونحو ذلك .

واستحسنه المصنف ، الا ان ماسمعته من النصوص المشتملة على العموم اللغوي وترك الاستفصال يقتضي الضمان مطلقاً ـ انتهى .

نعم ، قوله وبين الداخل باذنه أو غيره فيه نظر ، اذ لو لم يكن الداخل باذنه ودخل وسقط ، فان مقتضى القاعدة عدم الضمان ، كما في الكلب .

وقد تقدم رواية السكوني ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: قضى أميرالمؤمنين عليه السلام في رجل دخل دار قوم بغير اذنهم فعقره كلبهم ، قال : لاضمان عليهم ، وان دخل باذنهم ضمنوا[1].

---

(١) الوسائل : ج ١٩ ص ١٩٠ الباب ١٧ من أبواب موجبات الضمان ح (٢) .

وكيف كان فيؤيد ماذكرناه من عدم الضمان في الاسلاك الشائكة والكهربائية اذا جرحت أوقتلت اللص مارواه أحمد بن محمد بن أبي نصر في الصحيح، عن بعض اصحابنا، عن أبي عبدالله عليه السلام انه قال : اذا قدرت على اللص فأرمه وأنا شريكك في دمه.(١) فان الملاك في الامرين واحد .

كما يؤيد ماذكرناه من ضمان الشريك لشريكه فيما اذا حفر بئراً مارواه أبوبصير، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: قضى أميرالمؤمنين عليه السلام في حائط اشترك في هدمه ثلاثة نفر، فوقع على واحد منهم فمات فضمن الباقين ديته ، لان كل واحد منهما ضامن لصاحبه.(٢)

ومنه يعلم حال ماذا صنعا عريشاً للوقوف عليه للهدم أو البناء أوماأشبه، فسقط احدهما فمات أو عطب ، وحال ما اذا صنع العريش صاحب البيت أو المعمار أو ما اشبه فسقط العامل ، وحال ماذا انهدمت الدار فذهبوا ضحيّة ، أو انهدم سقف المنجم أو حائطه مثلا فقتلوا أوجرحوا أو ماشبه ، وان كانت بعض فروض المسألة مشكلة .

ولايخفى ان روايات أضر بطريق المسلمين كما تقدم وشبهها ، بل بعض العمومات يشمل الضمان بمثل صنع الدكة في الطريق ، أو القاء القمامات كقشور البطيخ ونحوها ، بل عن المبسوط التصريح بالضمان في الاخير ، وتقييد المحقق والعلامة في بعض كتبهما بمن لم ير القمامة، غير ظاهر لاطلاق الادلة .

وقد ذكرنا في [كتاب الديات] جملة من فروع المسألة والتي منها القاء الثلج من السطوح في الشوارع والازقة وماأشبه .

---

(١) الوسائل : ج ١٩ ص ١٧٨ الباب ٦ من أبواب موجبات الضمان ح ١

(٢) الوسائل : ج ١٩ ص ١٧٥ الباب ٣ من أبواب موجبات الضمان ح ١ .

(مسألة ـ ١٠ ـ) قال في الشرائع: اذا اجتمع السبب والمباشر قدم المباشر في الضمان على ذي السبب، كمن حفر بئراً في ملك غيره عدواناً فدفع غيره فيها انساناً، فضمان مايجنيه الدفع على الدافع.

وفي الجواهر لم أجد فيه خلافاً بينهم، بل أرسلوه ارسال المسلمات في المقام، وفي القصاص والديات.

بل عن كشف اللثام الاجماع عليه.

بل في مجمع البرهان ان من المعلوم عقلا ونقلا اسناد الفعل الى القريب دون البعيد الذي هو سبب السبب، وله مدخلية مافي ذلك الشيء، وهو ظاهر وكأنه مجمع عليه.

أقول: وفي مفتاح الكرامة طفحت عباراتهم في باب القصاص والديات والغصب، انه لواجتمع المباشر والسبب ضمن المباشر اذا تساويا في القوة، أورجح المباشر، والحاصل اني لم أجد في الابواب الثلاثة في ذلك مخالفاً، وقد قالوا انـه يستثنى من ذلك ما اذا ضعف المباشـر، وهذا يشمل الضعف بالاكراه والغرور، بل والشمس والنار والريح ان صدق عليها اسم المباشرة وقد عللوا المستثنى منه بأنه المنسوب اليه الفعل دون السبب.

ففي المثال وهو ماإذا دفع انسان انساناً في بئر حفرها ثالث ينسب القتل والعطب الى الدافع لاالى حافر البئر، وكذلك في الاسباب الاضطرارية، كما اذا ألقى اسان انسانـاً في البحر أوفي النار، أو ألقـاه تحت وهج الشمس المحرقة ومات، أوألقاه في المسبعة فافترسه الاسد، أوماأشبه ذلك، قال العرف بأن القاتل هو هذا الانسان الملقى والدافع وما أشبـه، ولم ينسب القتل الى

الامور الاضطرارية كالشمس والماء ونحوهما، أوالاختيارية اختياراً حيوانياً كالسبع المفترس له ﴿فجزاء سيئة سيئة﴾[١] و﴿من عاقب﴾[٢] و﴿فاعتدوا﴾[٣] وما أشبه ، انما ينطبق على الانسان المباشر لا على السبب .

لكن في الرياض ناقش في الحكم المشهور أولا ، و ذكر انها مقتضى القاعدة لولا الاجماع ، لان القوة لاتدفع الضمان عن السبب بعد وجود ما يقتضى ضمانه أيضاً، وهو مامر من حديث نفي الضرر، ولا امتناع في الحكم بضمانهما معاً ، وتخير المالك في الرجوع الى أيهما شاء كالغصب ، فلولا الاجماع الظاهر المعتضد بالاصل لكان القول بضمانهما كترتب الايدي في الغصب فى غاية الحسن .

ثم قال : وعلى هذا نبه خالي العلامة (دام ظله) في حاشيته على شرح الارشاد، الا ان ظاهره سلمه الله المصير اليه، أوبقائه في شباك التردد من دون أن يقطع بماذكره الاصحاب، ولعله لتوقفه في فهم الاجماع، وتردده في قبول حكايته من ناقله لعدم قطعه به، وهو حسن، ولكن الاجماع ظاهر فالمصير الى ماذكروه متعين .

أقول : لا اشكال في مثل الاحراق بالشمس والالقاء في الماء والمسبعة وماأشبه، وانما الاشكال في فاعلين مختارين أحدهما مقدم على الاخر، كما في حافر البئر ودافع غيره انساناً فيها .

---

(١) سورة يونس : آية / ٢٧ .
(٢) سورة الحج : آية / ٦٠ .
(٣) سورة البقرة : آية / ١٩٤ .

ويؤيد المشهور أحاديث الزبية ، فان الامام عليه السلام لم يجعل شيئاً من الدية على الحافر، وانما جعل الدية على المباشر .

فعن مسمع بن عبدالملك ، عن أبي عبدالله عليه السلام ان قوماً احتفروا زبية للاسد باليمن فوقع فيها الاسد، فأزدحم الناس عليها ينظرون الى الاسد فوقع رجل فتعلق بآخر فتعلق الاخر بآخر والاخر بآخر فجرحهم الاسد، فمنهم من مات من جراحة الاسد، ومنهم من اخرج فمات ، فتشاجروا في ذلك حتى أخذوا السيوف، فقال أميرالمؤمنين عليه السلام: هلموا اقض بينكم، فقضى انللاول الربع من الدية، وللثاني: ثلث الدية ، وللثالث: نصف الدية ، وللرابع : الدية كاملة ، وجعل ذلك على قبائل الذين ازدحموا ، فرضى بعض القوم و سخط بعض ، فرفع ذلك الى النبي صلى الله عليه وآله واخبر بقضاء أمير المؤمنين عليه السلام فأجازه.[1]

وفي رواية محمد بنقيس ، عن أبيجعفر عليه السلام قال: قضى أميرالمؤمنين عليه السلام في أربعة اطلعوا في زبية الاسد، فخرّ أحدهم فاستمسك بالثاني واستمسك الثاني بالثالث، واستمسكالثالث بالرابع حتى أسقط بعضهم بعضاً على الاسد، فقتلهم الاسد، فقضى بالاول فريسة الاسد، وغرّم أهله ثلث الدية لاهل الثاني، وغرّم الثاني لاهل الثالث ثلثي الدية ، وغرّم الثالث لاهل الرابع الدية كاملة،[2] فان هذين الحديثين ومثلهما غيرهما تدل على عدم شيء

---

(١) الوسائل : ج ١٩ ص ١٧٦ الباب ٤ من أبواب موجبات الضمان ح ١ .

(٢) الوسائل : ج ١٩ ص ١٧٦ الباب ٤ من أبواب موجبات الضمان ح ٢ .

على حافر الزبية، مع وضوح ان الزبية تحفر كماتحفر البئر .

نعم لايبعد الحكم بماذكره الرياض فيما اذا كان كلاهما عرفاً سبباً، كما اذا حفر أحدهما بئراً والاخر ألقى انساناً في البئر، وقد فعلا ذلك بقصد اهلاك ذلك الانسان، أو وضع أحدهما سكّينة حادّة في مكان ، وألقى الاخر انساناً على تلك السكّينة فقتلته، الى غيرذلك من الامثلة .

ويؤيد اشتراكهما مارووه في حكم من أمر غيره بالقتل ، مثل ماروواه زرارة ، عن أبي جعفر عليه السلام في رجل أمر رجلا بقتل رجل فقتله ، قال: يقتل به الذي قتله ويحبس الامر بقتله في الحبس حتى يموت.[1]

ومثله رواية المسمعي، ان أباعبدالله عليه السلام دخل على داود بن علي لمّاقتل المعلى بن خنيس، فقال: ياداود قتلت مولاي وأخذت مالي؟ فقال داود: ماأنا قتلته ولاأخذت بمالك، فقال : والله لادعونّ الله على من قتل مولاي وأخذ مالي، فقال: ما انا قتلته.[2]

وعن المسمع في حديث: ان أباعبدالله دخل على داود بن علي، لمّا قتل المعلى بن خنيس فقال: ياداود قتلت مولاي وأخذت مالي، فقال داود: ماأنا قتلته ولا أخذت بمالك، فقال: والله لادعونّ الله على من قتل مولاي وأخذ مالي، فقال ماأنا قتلته، ولكن قتله صاحب شرطتي، فقال: باذنك أو بغير اذنك؟ فقال: بغير اذني، فقال: يااسماعيل شأنك به، فخرج اسماعيل والسيف معه حتى قتله في مجلسه.[3]

---

(١) الوسائل : ج ١٩ ص ٣٢ الباب ١٣ من أبواب قصاص النفس ح ١ .
(٢) الوسائل : ج ١٩ ص ٣٣ الباب ١٣ من أبواب قصاص النفس ح ٣ .
(٣) الوسائل : ج ١٩ ص ٣٢ الباب ١٣ من أبواب قصاص النفس ح ٢ .

فان الظاهر انه اذاكان باذنه كان يعد قاتلا، وقد ذكرنا في [كتاب الديات] صحة تسمية معاوية ويزيد وهارون والمأمون ومن أشبههم قاتلا ، حيث قتل الحسن والحسين وموسى بن جعفر والرضا عليهم السلام بسبب عبيدهم وغلمانهم و المطيعين لاوامرهم .

ومثل حديث زرارة في من أمسك رجلا فقتله رجل آخر ، ما رواه الحلبي ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: قضى علي عليه السلام في رجلين أمسك أحدهما وقتل الاخر ؟ قال : يقتل القاتل ويحبس الاخر حتى يموت غماً، كما حبسه حتى مات غماً.[1]

وفي رواية سماعة قال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل شدّ على رجل ليقتله والرجل فار منه فاستقبله رجل آخر فأمسكه عليه حتى جاء الرجل فقتله فقتل الرجل الذي قتله ، وقضى على الاخر الذي أمسكه عليه ان يطرح في السجن أبداً حتى يموت فيه لانه أمسكه على الموت.[2]

وفي رواية السكوني، عن أبي عبدالله عليه السلام: ان ثلاثة نفر رفعوا الى أمير المؤمنين عليه السلام واحد منهم أمسك رجلا وأقبل الاخر فقتله والاخر يراهم ، فقضى في الربيئة ان تسمل عيناه، وفي الذي أمسك ان يسجن حتى يموت كما أمسكه، وقضى في الذي قتل ان يقتل.[3]

الى بعض الروايات الاخر التي تشرك السبب والمباشر في العقاب، وان

---

(١) الوسائل : ج ١٩ ص ٣٥ الباب ١٧ من أبواب قصاص النفس ح ١ .

(٢) الوسائل : ج ١٩ ص ٣٥ الباب ١٧ من أبواب قصاص النفس ح ٢ .

(٣) الوسائل : ج ١٩ ص ٣٥ الباب ١٧ من أبواب قصاص النفس ح ٣ .

اختلف العقاب، فان ذلك مما يؤيد قول الرياض .

وكأنه لذا قال الجواهر : نعم قد يشك في صورة مالو قصدا الاشتراك في الاتلاف بأن فعل بالسبب سببه لارادة مباشرة الاتلاف من المتلف، كما لونصب سكيناً في الارض ليدفعه الاخر عليها مثلا .

فقوله : بعد ذلك ، مع ان التحقيق فيها أيضاً كون الضمان على المباشر الذي يسند الفعل اليه، وان كان ذلك معيناً له وصار فعله من المعدات كما هو واضح بأدنى تأمل في الفرق بين المعدات القريبة والبعيدة محل نظر، ولذا يسند العرف الفعل اليهما معاً، ويقال: انهما معاً معتد وفاعل سيئة ومأشبه، بل لعل كلام المشهور منصرف الى مالم يكن السبب أيضاً فعل ما فعل بقصد العدوان .

قال في المسالك : ان اتفقا في وقت واحد اشتركا في الضمان ، لعدم الترجيح، وان تعاقبا فالضمان على المتقدم في التأثير لاستقلاله بالضمان أولا فكان أولى وهو سبب السبب فيجب وجود المسبب عنده ، ولعله أراد مافي التذكرة قال : ولوتعدد السبب فالضمان على المتقدم منهما ان ترتبا، كما لو حفر شخص بئراً في محل عدواناً، ووضع آخر حجراً فيه فعثر انسان بالحجر فوقع في البئر، فالضمان على واضع الحجر، لانه السبب المؤدي الى سبب الاتلاف، فكان أولى بالضمان، لان المسبب يجب مع حصول سببه فيه فوضع الحجر يوجب التردى .

أما لو انتفى الترتيب، فالضمان عليهما ، كما لو حفر ووضع الحجر فالضمان عليهما، فان المنصرف من هاتين العبارتين وأمثالهما ان حفر البئر

لم يكن لاجل الاماتة بل لاجل عمل لنفس الحافر كالاستقاء أونحو ذلك .

نعم ماذكـره الرياض من التخيير في التضمين في السبب والمباشر غير ظاهر الوجه، اذ مقتضى القاعدة التشريك لا التخيير كمايأتي في السببين .

ومنـه يعلم، ان اشكال المحقق الرشتي على صاحب الرياض بالمنع من كون السبب مضمناً مطلقـاً ، اذ المستفاد من أدلته سببيتـه للضمان ، حيث لا يكون فيه من يستند اليه الاتلاف عرفـاً ، اذ لم نجد من هذه الادلـة مايقضي بالعموم، غير انا حصلنا من مجموعها ان التسبيب اذا لم يكن معه فاعل مختار ويمكن تضمينه المسبب أي فاعل السبب، وأما معه فلا ـ انتهى .

غير ظاهر الوجه .

ولعله لذا قال المحقق الرشتي أخيراً: لكن الانصاف ان هذا المعنى مع عدم كونـه جموداً على ظاهر الاخبار ، ومستنبطـاً من مجموعها لايجدى في صورة التساوي مطلقـاً، سواء كان بين السبب والمباشر، أو بين السببين، لان الاستناد العرفي الذي قلنا بكونه مضمناً قائم .

نعم تصديقه أخيراً لصاحب الرياض في كونه كالغصب في مسألـة ترتب الايدى بقوله: فدعوى عدم قيام الاستناد العرفي الا بهما معاً مجازفة، وكذا في صورة اجتماع السبب والمباشـر المساوي، بل الظاهر تحقق النسبة العرفيـة بالنسبة الى كل واحد مستقلا، لان بنائها على التأثر الناقص وقضية ذلك الحكم بالتأخير دون التشريك، فلابد ان يستند في التشريك الذي هو ظاهر الاصحاب الى الاتفاق والاجماع الى آخر كلامه .

قدعرفت انه محل نظر، فتحصل: ان مقتضى القاعدة ان السبب والمباشر

اذا استند اليهما الفعل عرفاً كانا شريكين في الضمان لاشتراكهما في التلف الحاصل خارجاً، فانه لولا الحجر لم يحصل التردى في البئر، كما انه لولا البئر لم يؤثر العثور بالحجر تلفا واليه مال الجواهر أخيراً .

وكيف كان، فقد قال في القواعد: والحوالة على المباشر لو جامع السبب الا مع ضعفه بالتغرير: كمن قدم طعام غيره الى أكل جاهل ، فالضمان يستقر على الامر .

وقال في مفتاح الكرامة: قالوا انه يستثنى من ذلك ماإذا ضعف المباشر، كما اقتصر على ذلك جماعة ، وهذا يشمل الضعف بالاكراه والغرور، بل والشمس والنار والريح ان صدق عليها اسم المباشرة .

وفي الدروس واللمعة والروضة الا مع ضعفه بالاكراه أو الغرور واقتصر في الارشاد على الاول ، وفي الكتاب هنا على الثاني ، ثم قال : في الامر الغار انه ذكره الدروس والروضة في المقام ، وبه طفحت عباراتهم عند الكلام على الايدي المترتبة على يد الغاصب .

وفي الجواهر أضاف على الامر الغار مالو لم يكن منه أمر بل مجرد تقديمه له ضيافة ، قال : وان قال في التذكرة من قال كله ولم يقل انه ملكي ولا طعامي ولا طعام فلان غصبته بل أطلق ، فوجهان : أقويهما الضمان لانه غره أيضاً، بل لو كان الطعام ملك المأمور المغرور ضمنه له أيضاً ، لانه وان كان قد سلطه عليه وصيره بين يديه ، الا انه باعتقاده انه ملك الغير ، وانه مسلط على اتلافه بغير عوض، فليس تسليمه له تسليماً تاماً يتصرف فيه تصرف الملاك ، فلذلك ضعف مباشرته بالغرور ، وما اشتهر من ان قرار الضمان على من تلف في يده المال

انما هو في غير الفرض .

أقول : وانما تخصص قاعدة الضمان بمن تلف في يده بذلك لقوله عليه السلام: المغرور يرجع الى من غر[١]، الشامل للمقام فانه مقتضى الجمع بينهما عرفاً .

ثم انه يؤيد كون الضمان على السبب اذا كان أقوى من المباشر ما ورد في شهود الزور كما تقدمت جملة من رواياته ، حيث ان الضمان على شاهد الزور لا على الحاكم بالقتل أو الجلد أو نحوهما ، أو الجلاد المباشر للقتل ، أو الناس المباشرين للرجم ، أو ما أشبه . فان ذلك بسبب ان السبب أقوى من المباشر .

بل وما ورد في حكم من أمر عبده بالقتل ، حيث روى اسحاق بن عمار عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل أمر عبده أن يقتل رجلا فقتله ، قال : فقال: يقتل السيد به[٢].

وعن السكوني ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : قال أمير المؤمنين عليه السلام في رجل أمر عبده أن يقتل رجلا فقتله ، فقال أمير المؤمنين عليه السلام : وهل عبد الرجل الا كسوطه أو كسيفه يقتل السيد ويستودع العبد السجن[٣].

وفي الوسائل نقل العلامة في المختلف ، عن الشيخ في الخلاف انه قال: اختلف روايات أصحابنا في ان السيد اذا أمر عبده بقتل غيره فقتله فعلى من يجب القود ؟ فروى في بعضها ان على السيد القود ، وفي بعضها ان على العبد

---

(١) المستدرك : ج ٢ ص ٦٠٣ الباب ١ من أبواب عيوب النكاح ح ٦ .
(٢) الوسائل : ج ١٩ ص ٣٣ الباب ١٤ من أبواب قصاص النفس ح ١ .
(٣) الوسائل : ج ١٩ ص ٣٣ الباب ١٤ من أبواب قصاص النفس ح ٢ .

القود ولم يفصلوا ، قال : والوجه في ذلك انه ان كان العبد مخيراً عاقلا يعلم ان ماأمره به معصية ، فان القود على العبد ، وان كان صغيراً أو كبيراً لا يميز ، واعتقد أن جميع مايأمره به سيده واجب عليه فعله ، كان القود على السيد .

أقول: وقد ذكرنافي [كتاب القصاص] انه لعل الجمع العرفي بين الروايات انه ان كان المأمور يعد آلة فالقتل على الامر، والا كان القتل على المأمور والعبد غالباً كالالة ،كما أشار اليه الامام عليه السلام .

وعلى أي حال ، فمن هذه الروايات يستفاد ان السبب لو كان أقوى مـن المباشر كان الضمان عليـه ،كما أنه يؤيد أيضاً ضمان السبب الاقـوى ما رواه الوسائل ، عن رزين عن أمير المؤمنين عليه السلام ، في حديث قال : إياك أن تـدفع فتكسر فتغرم[١] .

وبذلك يظهر أن استدلال المحقق الرشتي برواية رزين في المسألة السابقة على بعض مارآه غير ظاهر الوجه .

---

(١) الوسائل : ج ١٩ ص ١٧٧ الباب ٥ من أبواب موجبات الضمان ح ٣ .

(مسألة ـ ١١ ـ) قال في الشرائع : ولايضمن المكره المال ، وان باشر الاتلاف ، والضمان على من أكرهه لان المباشرة ضعفت مع الاكراه فكان ذو السبب هنا أقوى ـ انتهى .

أقول : أماموضوع الاكراه فقد ذكرناه في بعض الكتب الفقهية فلاوجه لاعادته ، وأما الحكم بعدم الضمان بالنسبة الى المكره ، فالمسألة ينبغي أن تكون في خمسة امور : المقسور والمكره والمغرور والمضطر بكلا شقي الاضطرار ، أعني أن يكون انسان آخرفي البين يضطره الى ذلك،وأنلايكون انسان آخر .

أمابالنسبة الى المقسور وهو الذي يصدر منه العمل اللااختياري فالظاهر ان الضمان عليه ، وانما قرار الضمان على غيره وهو الذي قسره ،كمااذادفع انسان انساناً على ثالث فقتله فان هذا الانسان المدفوع مقسور والضمان عليه، لكن قرار الضمان على الدافع ، ولانريد بكون الضمان عليه انه عليه شخصاً وانما نريد انه على عاقلته على حسب موازين الدية .

فقد روى ابن سنان في الصحيح ، عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل دفع رجلا على رجل فقتله ، فقال : الدية على الذي وقع على الرجل فقتله لاولياء المقتول قال : ويرجع المدفوع بالدية على الذي دفعه ، قال : وان أصاب المدفوع شيء فهو على الدافع أيضاً[1].

نعم اذا كان القسر بدون قاسر يكون الضمان على نفس المقسور ، فعن محمد بن مسلم قال : قال أبو جعفر عليه السلام : أيما ظئر قوم قتلت صبياً لهم وهي

---

(١) الوسائل : ج ١٩ ص ١٧٧ الباب ٥ من أبواب موجبات الضمان ح ٢ .

نائمة فقتلته فان عليها الدية من مالها خاصة ان كانت انما ضائرت طلب العز والفخر ، وان كانت انما ضائرت من الفقر فان الدية على عاقلتها[١]، ولذا أفتى الفقهاء ان النائم اذا كسر اناء انسان يكون ضامناً ، فان القسر لا يوجب رفع الضمان .

ولاينافي هذا رواية عبيدالله بن زرارة قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل وقع على رجل فقتله ؟ قال : ليس عليه شيء[٢]، فان الظاهر منه انه ليس عليه بالذات وأما على العاقلة فعليه الشيء ، كما هو مقتضى القاعدة .

وأما المكره ففي الجواهر (عند قول الشرائع المتقدم) بلا خلاف أجده في شيء من ذلك ، وقد استدل لعدم الضمان المحقق الرشتي بأمور :

الاول : انتساب الفعل وهو التلف عرفاً الى المكره المسبب ، فلا يقال لمن استكره عليه في ذبح شاة الغير مثلا انه المتلف ، كما يشهد به قولك بنى الامير الدار مع ان الامير الامر وربما يكون أضعف من الاكراه .

الثاني : قاعدة الاحسان بناءاً على شمولها لكل فعل مرخص فيه شرعاً وعرفاً ، وان لم يكن احسان بالنسبة الى الغير فان الاتلاف المقصود به دفع الضرر عن النفس أو المال حسن .

الثالث : منافات حكمة الاذن الشرعي للضمان هنا ، وان لم تكن ملازمة دائمة بين الاذن وعدم الضمان لان الاذن في اتلاف مال الغير حال الاكراه ، انما هو لاجل دفع الضرر عن المكره نفساً أو مالا ، فينافيه ضمانه قيمة المتلف

---

(١) الوسائل : ج ١٩ ص ١٩٩ الباب ٢٩ من أبواب موجبات الضمان ح ١ .

(٢) الوسائل : ج ١٩ ص ١٧٧ الباب ٥ من أبواب موجبات الضمان ح ١ .

التي قد تزيد على ماينـدفـع به الاكراه من التضرر .

الرابع : دليـل رفـع القلم عما استكرهوا عليـه[١] ، فان العمل بـه في مثل المقام في الجملة يقيني وان لـم يكن مطرداً ، لكن لايخفى امكان المناقشة في بعض الادلة المذكورة ، فمثلا الدليل الاول الفعل مسند اليهما المكره بالكسر وبالفتح ، كما ان بناء الامير المدينة أو الدار مسند اليه تارة والى البناء اخرى كما انه قد يسند أيضاً الى المعمار والمهندس المشرف على عمل البناء ، فان في الحقيقة الباني هو البناء وأما غيره فالاسناد اليه على ضرب من المجاز ، كما ان قاتل الحسين عليه السلام في الحقيقة هو الشمر مثلا وانما يسند الى عمرو بن زياد ، ويزيد على ضرب من التسامح ، وان كنا قد ذكرنا في [كتاب القصاص] عدم استبعاد أن تكون النسبة حقيقية أيضاً .

ولذا ورد في الروايـات ان يزيد عليه اللعنة قاتل الحسيـن عليه السلام ، وهكذا فالاستدلال بهذا غير خال عن المناقشة ، كما ان استدلاله الثاني أيضاً قد تقدم في بعض المسائل السابقة ضعفه ، فان الاحسان لايخصص أدلة الضمان ، ولذا يؤخذ الطبيب والبيطار اذا لم يأخذ البراءة بالضمان مع انه محسن محض ، ثم التعدي من الاحسان الى الغير الذي هو منصرف النص الى الاحسان الى النفس فيـه خفاء ، وان كان الشيخ المرتضى (ره) في المكاسب استـدل بمثل ذلك في النهي عن المنكر والتعاون على الاثم بأن يكون شرب الانسان بنفسه الخمر من التعاون على الاثم ، وبناء الانسان المسجد من التعاون على البر .

أما منافاة حكمة الاذن للضمان كما استدل به في ثالث أدلته فأكثر ضعفاً ،

---

(١) الخصال : ص ٤١٥ ح ٩ باب التسعة .

اذ حكمة الاذن لدفع الضرر عن النفس والمال وماأشبه ، فدفع الضرر يكفي في حكمة الاذن ولا يحتاج الى عدم الضمان ، أما اذا تساوى المالان أو الضرران فهو محل نظر ، مثلا يقول : اقطع يد زيد والا قطعت يدك ، أوأتلف دينار زيد والا أخذت ديناراً منك .

والكلام في هذا المبحث موكول الى بحث الاكراه ، وهو كلام طويل في حدوده وخصوصياته ، ولذا كان الاذن الشرعي في المخمصة بالاخذ من أموال الناس ، ولكن لا يوجب ذلك سقوط الضمان، و يقول الفقهاء بالضمان جمعاً بين الحقين ، وكذا مايشبه ذلك كألقاء مال الغير في البحر في السفينة المخطورة ثم ضمانه كما ذكروا ذلك في باب الضمانات في الديات وغيرها.

ومنه يعلم وجه النظر في كلام المحقق الرشتي هنا حيث قال : ان الضرر اذا توجه الى الشخص ابتداءاً لم يجز دفعه باضرار الغير ، فلو وقع فيضرر مندفع باضرار الغير لم يجز ، مثل أن يقال لاحد : اريد منك درهماً منمالك أو من السرقة، فليس له اختيار الثاني دفعاً للضرر عن النفس ، وان توجهالى الغير أولا جاز ارتكابه اذا استلزم عدم الارتكاب ضرراً مثله أو دونه بعكس الاول ، ومانحن فيه من القسم الاخير لان الاكراه على الاتلاف اضرارمتوجه الى الغير بحيث يستلزم عدم ارتكابه ضرر آخر على المكره .

اذ يرد على الاول : انه لاكلية لماذكره ، فانه اذا توجه اليه أسد يريد افتراسه وعلم انه لو هرب منه افترس غيره ، جاز له الفرار مع انه يعلم ان فراره يستلزم افتراس غيره ، الى غير ذلك من الامثلة .

كما يرد على الثاني : انه لادليل على جوازه مطلقاً ، فلو قال له : أعطني ديناراً من زيد وكان يعلم انه اذا لم يعطه أخذ ديناراً منه أو نصف دينار،لادليل

على جواز أن يعطيه ديناراً من زيد ، وبأي ملاك يعطيه ذلك وهو حرام في نفسه والضرر المتوجه اليه أقل أو مثله كما فرض، فان صدق دليل الاكراه على مثل المقام فيه خفاء ، بل الظاهر ان العرف لايفهم من دليل الاكراه مثل ذلك ولذا اذا اعتذر بانه كان مكرهاً ، يقال له : وأي اكراه وقد كنت تتمكن أن لا تعطيه وان أخذ منك الدينار أو نصفه ، بل في أخذه نصف الدينار منه أوضح.

نعم دليله الرابع: وهو رفع القلم[١] في موقعه ، لان الظاهر من دليل الرفع رفع جميع الاثار لا الامور التكليفية كما فصلنا ذلك في بعض مباحث الفقه ، وان كان المشهور لايقولون بذلك ، لكنا استظهرناه من اطلاق الدليل بعدعدم الفرق بين الحكم الوضعي والتكليفي في لسان الشارع في امثال هذه الموارد وانما يخرج الحكم الوضعي عن اطلاق دليل الرفع بأدلة خاصة ، فمالم تكن تلك الادلة الخاصة يجب أن نقول بالاطلاق ، وهوحاكم على مثل الغصب كله مردود لان رفع القلم عنوان ثانوي وارد على العناوين الاولية كما قرر في محله.

وسيأتي في كلام الجواهر اقتضاء الرفع مايشمل الوضع أيضاً ، وان مايكون مرفوعاً ويكون الوضع فيه موجوداً انما هو بدليل خارج ، ولو أكرهه على قتل انسان ، فبالاضافة الى انه لايجوز له انه لو فعله كان ضامناً ، لان دليل عدم التقية في الدم يخصص دليل الاكراه حسب ماهومقتضى الجمع بينهما عرفاً .

فعن محمد بن مسلم فيما رواه الكافي ، عن أبي جعفر عليه السلام قال : انما جعل التقية ليحقن بها الدم ، فاذا بلغ الدم فليس تقية .[٢]

---

(١) الوسائل : ج ١١ ص ٢٩٥ الباب ٥٦ من جهاد النفس ح ١ - بحار : ج ٥ ص ٣٠٣ .
(٢) الوسائل : ج ١١ ص ٤٨٣ الباب ٣١ من أبواب الأمر والنهي ح ١ .

وفي رواية أبي حمزة الثمالي قال : قال أبو عبدالله عليه السلام : لم تبق الارض الا وفيها مناعالم يعرف الحق من الباطل ، وقال : انما جعلت التقية ليحقن بها الدم ، فاذا بلغت التقية الدم فلاتقية(١) ـ الحديث .

وعن الصدوق في الهداية ، عن الصادق عليه السلام انه قال : لوقلت ان تارك التقية كتارك الصلاة لكنت صادقاً ، والتقية في كل شيء حتى يبلغ الدم فاذا بلغ الدم فلا تقية(٢) .

أقول : ومن هنا اشتهر انه لاتقية في الدماء ، وقد رواه هامش الجواهر عن البحار قال في الجـواهر : وكأن المصنف أشار بالاقتصار على المال الى الاحتراز عن النفس فان الاكراه على اتلافها لا يوجب سقوط الضمان عن المكره .

نعم في الجرح اشكال من حيث تناول قوله عليه السلام : لاتقية في الدماء له وعدمه ـ انتهى .

ومماتقدم ظهر وجه النظر في قول الجواهر ، فانه بعد ان اعترف بان الاصحاب في المقام ظاهرهم عدم رجوع المالك على المكره بشيء قال : ولكن مع ذلك ان لم يكن اجماعاً لا يخلو من نظر خصوصاً مع عود النفع الى المباشر باعتبار مباشرته الاتلاف ، وان رجع هو على المكره .

بل قد يقال: ان القاعدة تقتضي اختصاص الضمان بالمباشر الذي هو المكره وان أثم المكره لاستقلال المباشر بالاتلاف، ولكن ضمنّا المكـره للدليل

---

(١) الوسائل : ج ١١ ص ٤٨٣ الباب ٣١ من أبواب الأمر والنهي ح ٢ .

(٢) المستدرك : ج ٢ ص ٣٧٣ الباب ٢٣ من أبواب الأمر والنهي ح ٥ .

لالقوة السبب على المباشر المخصوصة بما اذا كان الاسناد حقيقة للسبب دون المباشر الذي هو كالريح والشمس.

بل قد يقال بشمول قوله عليه السلام : كل مغصوب مردود له[1]، وان كان مكرهاً على تناول المغصوب والتصرف فيه ، بل ينبغي الجزم به فيما لو كان مغصوباً في يده قبل الاكراه، فأكره على اتلافه بل هو كذلك في كل مضمون في يده ثم اكره على اتلافه لان رجوع المالك حينئذ عليه باعتبار حكم الضمان السابق، بل لاينافيه كلام الاصحاب المراد منه عدم الرجوع من حيث الاتلاف الاكراهي خاصة الى آخر كلامه ، فانه يرد عليه :

أولا : ان الحكم كما عرفت على وفق القاعدة ولاحاجة الى الاجماع ، والمجمعون انما فهموا الحكم من النصوص فانه لو أكره كان مقتضى رفع القلم عدم ضمانه وان كان النفع يعود اليه بالمباشرة ، كما اذا اكرهه بأكل طعام الغير والا ضرب عنقه فأكله فان الحكم مرفوع عنه ، كما ان الحكم بالعقاب أيضاً مرفوع عنه كما في المرأة التي زنت اضطراراً على ماسيأتي .

وثانياً : ان ماجعله ينبغي الجزم به مما كان مغصوباً في يده قبل الاكراه فأكره على اتلافه حيث ذكر انه يبقى على حكم ضمانه، فيه ان مقتضى القاعدة انه اذا تبدل الموضوع تبدل الحكم فانه كان ضامناً قبل الاكراه، فاذا أكره لم يكن ضامناً لان الموضوع تبدل الى الاكراه كعكسه بأن كان مكرهاً فرفع

---

(١) الوسائل : ج ٦ ص ٣٦٥ الباب ١ من أبواب الأنفال ح ٤ .

الاكراه فانه يضمن لان دليل الاكراه قد سقط ، والاستصحاب لامجال له بعد تبدل الموضوع .

ومنه يعلم وجه النظر فيما ذكره أخيراً في مسألة ضمان المكره بقوله .

ومنه يعلم الوجه حينئذ في تخير المالك في الرجوع عليهما ، فان رجع على المكره بالكسر لم يرجع على المكره بالفتح بخلاف العكس على نحو ما سمعته في قرار الضمان على من تلف المال في يده في الايادي المتعاقبة ـ انتهى.

فانه لاوجه للرجوع على المكره بالفتح مطلقاً بعد رفع الشارع القلم عنه مما يشمل التكليف والوضع لايقال فلماذا لايرفع الوضع في الخطاء والنسيان مع انهما ذكرا مع الاكراه في سياق واحد ؟ لانه يقال ان ذلك انما يستفاد من لحن الاية وبعض الروايات والاجماع بأن المخطيء والناسي انما يرفع عنهما المؤاخذة الدنيوية بالعقاب والاخروية بالنكال .

قال سبحانه: ﴿ربنا لاتؤاخذنا ان نسينا أو أخطأنا﴾[1] وسياق حديث الرفع فيهما سياق الاية المباركة ، وذلك بخلاف الاكراه الذي ظاهر الحديث رفع آثاره مطلقاً .

ولذا قال الجواهر : رفع الشارع حكم الاكراه عن المكره الذي يمكن ارادة مايشمل الوضع منه أيضاً ، وان لم يكن كذلك في الخطاء و النسيان للدليل ، ثم انه لو ظن كونه مكرهاً ولم يكن في الواقع مكرهاً كان مقتضى القاعدة الضمان، لانه لايكون السبب أقوى من المباشر من جهة السالبة بانتفاء الموضوع ، اذ لاسبب أصلا وانما هو توهم السبب .

---

(١) سورة البقرة : آية / ٢٨٦ .

كما اذا امر زيداً الجائر بكسر مال عمرو، فظن زيد بن خالد انه المراد، بينما كان المأمور هوزيداً بن خويلد، أو اذا أمره بكسر مال زيد فظنه الجائر فتبين انه صديقه الذي لايريد تنفيذ الوعد والوعيد، أو ظن الجائر جاداً بينما لم يكن جاداً ، فان الاكراه أمر واقعي لاأمر خيالي، ولادليل على ان الخوف يوجب أن يكون محكوماً بحكم الاكراه .

فليس في المقام دليل يدل على تنزل الخوف منزلة الواقع كما دل في خوف الصوم والطهارة وماأشبه ، اما لو انعكس بأن كان مكرهاً في الواقع لكنه لايعلم بأنه مكره وانما فعل الشيء عن عمد، فالظاهر انه ضامن لعدم صدق الاكراه ، فيما اذا لم يعلم بذلك لان المنصرف من الاكراه ، الاكراه الذي علمه والا يقال له عرفاً أنت لم تكن مكرهاً ، وانما فعلت ذلك بقصد وسوء نيّة، ولو قيل بأن الاكراه يشمله لغة لان الالفاظ حقيقة في واقعها لافي الامور الخيالية ، قلنا انصراف الدليل عن مثله كاف في عدم كونه محكوماً بحكم الاكراه .

ثم ان قولهم بالسبب والمباشر يراد بالسبب اعم من سبب السبب ومن السبب، فانه اذا كان المكره سبباً لاكراه ثان لثالث هومباشر، فان الضمان على المكره الاول لاالمكره المتوسط الذي هومكره بالفتح أيضاً لانه أيضاً اضعف من المكره الاول الذي هو السبب الاقوى ، كما لايخفى ، وفي الاكراه مسائل كثيرة لاداعي الى التعرض اليها هنا .

ثم ان قال السبب لطفل أومجنون : اعملا كذا فعملا ، فلااشكال في ان

السبب أقوى من المباشر في المجنون ، وكذا في الطفل اذا لم يكن مميزاً ، اما اذا كان الطفل مميزاً وفعل باندفاع من نفسه، وان كان بأمر الامر هل الضمان على الامر مطلقاً لانه اقوى من المباشر ، اذ الصبي مرفوع عنه القلم ، أو الضمان على الطفل لانه مندفع عن نفسه ، فاذا كان جرحاً أوقتلا فعلى عاقلته لحديث عمد الصبي خطاء[1] ؟ احتمالان لكن الاقرب الى المستفاد من الموارد الخاصة في الروايات بالملاك ، ومن مذاق الفقهاء ان السبب أقوى مطلقاً من غير فرق بين المميز وغير المميز .

نعم لا اشكال في انه اذا كان الصبي مميزاً أدب كما يؤدب بالسرقة والزنا واللواط وشرب الخمر وغير ذلك على ماذكروه في [كتاب الحدود] فلاضمان على عاقلته هنا، حيث ان دليل كون السبب أقوى من المباشر حاكم على دليل ضمان العاقلة ، كما انه كذلك في المجنون .

نعم اذا لم يكن للامر أثر في الطفل فلا شيء على غير العاقلة قطعاً .

وأما الغرور فقد قال في القواعد : ومهما أتلف الاخذ من الغاصب فقرار الضمان عليه، الا مع الغرور كما لوأضافه به ولوكان الغرور للمالك فالضمان على الغار ، وكذا لو أودعه المالك أو آجره اياه ــ انتهى .

قال في مفتاح الكرامة: عند قوله الامع الغرور كما لو اضافه به فالضمان على الغاصب بلاخلاف فيما اذا قال كله فهذا ملكي وطعامي ، أو قدمه اليه ضيافة حتى اكله ولم يقل انه مالي وطعامي ، أو لم يذكر شيئاً .

وفي التذكرة انه الذي يقتضيه مذهبنا قلت لمكان الاعتماد على اليد الدالة

---

(١) الوسائل : ج ١٩ ص ٣٠٧ الباب ١١ من أبواب موجبات الضمان ح ٢ .

على الملك والامارة الدالة على الاباحة .

وفي المبسوط انه الاقوى .

وبه جزم في الشرائع وغيرها في الباب وغيره .

وقد تقدم للمصنف في الباب الجزم بذلك، وظاهر جماعة وصريح آخرين ان المالك يتخير في تضمين كل واحد من الآكل والغاصب، ويستقر الضمان على الغاصب الى آخر كلامه .

وقال المحقق الرشتي: اما اذا كان الضعف بالغرور فالقدر المعلوم المتيقن منه ان الضمان بالاخرة يرجع الى الغار ، وأما ان الضمان هل يتوجه اليه ابتداءاً فلاشيء على المغرور اصلا كالمكره، أو الى المغرور ابتداءاً، ثم يرجع هو الى الغار أو يتخير المالك بين الرجوع اليه ابتداءاً وبين الرجوع الى المغرور ، فيرجع هو اليه أو تفصيل :

بينما اذا كان للغار يد على المال أو سبب آخر للضمان سوى التغرير كالثالث ، والا كالثاني وجوه وأقوال لايبعد كون الاقوى الاخير ، الى آخر كلامه .

أقول : مقتضى القاعدة انه اذا وضع كل منهما يده على مال المغصوب منه كان له أن يرجع الى أي منهما لقاعدة اليد وقاعدة الاتلاف بالنسبة الى المتلف اذا كان المغرور متلفاً ، اما اذا لم يضع الغار يده وانما دل المغرور عليه فأخذه وأتلفه فان القاعدتين لاتشملان الغار ، الا اذا قلنا بصدق من اتلف عليه هذا حسب القواعد الاولية .

نعم قاعدة المباشر والسبب تقتضي ان يكون المرجع الغار وحده دون

المغرور، وذلك لان قاعدة الاقوى من المباشر والسبب حاكمة على القاعدتين ونحوهما ، ولذا تقدم في الروايات المتعددة ان شاهد الزور هو المأخوذ لا المجرى كالحاكم والجلاد ونحوهما ، ولم يرد في تلك الروايات ان الولي سواء كان نفس الشخص كما اذا قطعت يده، أو وارثه كما اذا قتل مورثه له الحق في الرجوع الى أيهما أو الى المباشر، وان المباشر له الحق في الرجوع الى السبب ، مع العلم ان المباشر هو الذي باشر القتل والقطع في السرقة، فلايحق للشخص المقطوع يده أن يرجع الى الحاكم أو الى جلاده باعتبار انهما مغروران ، وبعد ذلك هما يرجعان الى الغار الذي هو الشاهد .

اما ماتقدم من دليل مفتاح الكرامة بقوله لمكان الاعتماد على اليد الى آخره، فلايخفى مافيه اذ الاعتماد على اليد لولا ماذكرناه لايدل على ضمانه وحده بعد قاعدة اليد بالنسبة الى الثاني ، وقاعدة التلف أيضاً فيما اذا أتلفه بدون يد، كما اذا ألقى عليه حجراً فانكسر الزجاج ، وماأشبه .

ولايمكن ان يقال: ان الروايات المذكورة وردت في مثل القتل وقطع اليد وماأشبه من الجروح والنفس ، اما في المال فمقتضى القاعدة الرجوع الى القواعد الاولية لانه يقال بوجود المناط ، بل المناط الاولوي في المال كما لايخفى على من راجع العرف ، لايقال المغرور يرجع الى من غر يقتضي الرجوع الى المغرور أو لا ؟ وهو يرجع الى من غر ، لانه يقال : لايستفاد منها ان الرجوع اليه أو لا ؟ بل المستفاد منها انه لو رجع اليه رجع هو الى من غره ، فاللازم ان نرجع الى القواعد الاولية .

ومن ذلك يظهر وجه النظر في الاقوال الثلاثة الاخر، وان اطال المحقق

الرشتي في الاستدلال لها خصوصاً لما اختاره من التفصيل، ولعل ذهاب المشهور الى ماذكرناه هو للمستند المذكور ، وان كانت كلماتهم لاتخلو من نوع غموض كما لايخفى على من راجع الجواهر وغيره .

أما المضطر فاذا لم يكن انسان آخر في البين بأن كان الاضطرار بدون واسطة فلاينبغي الاشكال في الضمان على المضطر ، ودليل رفع الاضطرار لايدل على أكثر من رفع العقاب والحرمة ونحوهما، اما بالنسبة الى الضمان فقاعدة الضمان محكمة وهو مقتضى الجمع بين دليل الاضطرار ودليل حرمة اموال الناس .

ويؤيده ماذكروه في أكل المخمصة ، حيث يجوز له الاكل لكنه ضامن للقيمة ، وأما اذا كان شخص آخر في البين اضطره الى ذلك ، كما اذا أزاد قتله فأضطر الى الهرب مما سبب عطب حيوان أو انسان أو مال أو ماشبه ، فلايبعد أن يكون الضمان على المضطر لا على الهارب ، وذلك لدليل لاضرر بالتقريب الذي استدلوا به في باب خيار الغبن والعيب ، كما تقدم تقريبه منا في هذا الكتاب وفي غيره .

ويؤيده مادل على تضمين الامام أمير المؤمنين عليه السلام لمن منع انساناً ماءاً حتى مات عطشاً[١] ، كما ذكرنا رواياته في [كتاب الديات] لان الملاك في البابين واحد ، وان كانت المسألة بعد بحاجة الى التأمل ، والله سبحانه العالم .

ثم ان قولهم المغرور يرجع الى من غر[٢] انما يستقيم فيما اذا أخذ من

---

(١) المستدرك : ج ٣ ص ٢٧٢ الباب ٣٤ من نوادر موجبات الضمان ح ٦ .

(٢) المستدرك : ج ٢ ص ٦٠٣ الباب ١ من عيوب النكاح ح ٦ .

المغرور شيء ، والا فلايؤخذ من المغرور شيء حتى يرجع هو الى من غر، بل المرجع اولا وبالذات هو الغار .

ويدل عليه بالاضافة الى القاعدة جملة من الروايات :

مثل ماعن رفاعة بن موسى قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام (الى ان قال) : وقد سألته عن البرصاء ؟ قال : فقال : قضى أمير المؤمنين في أمرأة زوجها وليها وهي برصاء ان لها المهر بما استحل من فرجها وان المهر على الذي زوجها، وانما صار عليه المهر لانه دلسها ، ولو ان رجلا تزوج امرأة وزوجه اياها رجل لايعرف دخيلة أمرها ، لم يكن عليه شيء ، وكان المهر يأخذه منها.(١)

وفي رواية اسماعيل بن جابر قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام ، عن رجل نظر الى امرأة فأعجبته فسأل عنها ؟ فقيل : هي كمة فلان ابنة فلان ، فأتى أباها فقال: زوجني ابنتك، فزوجه غيرها، فولدت منه فعلم بعد انها غير ابنته وانها امة؟ قال: ترد الوليدة على مواليها والولد للرجل، وعلى الذي زوجه قيمة ثمن الولد يعطيه كما غر الرجل وخدعه.(٢)

ومنه يظهر ان مادل على الرجوع الى الزوج، ورجوع الزوج الى الغار انما هو فيما اذا كان الزوج قد دفع المهر قبلا ، لا انه يكون المرجع ابتداءاً مثل ماعن أبي عبيدة، عن أبي جعفر عليه السلام قال: في رجل تزوج امرأة من وليها فوجدبها عيباً بعد مادخل بها؟ قال: فقال: اذا دلست العفلاء والبرصاء والمجنونة والمفضاة ومن كان لها زمانة ظاهرة فانهاترد على أهلها من غير طلاق، ويأخذ

---

(١) الوسائل : ج ١٤ ص ٥٩٦ الباب ٢ من أبواب العيوب والتدليس ح ٢ .

(٢) الوسائل : ج ١٤ ص ٦٠٢ الباب ٢ من أبواب العيوب والتدليس ح ١ .

الزوج المهر من وليها الذي كان دلسها، فان لم يكن وليها علم بشيء من ذلك فلاشيء عليه[١] ـ الحديث .

ومثله ماعن الحلبي، عن أبي عبدالله عليه السلام في حديث قال: انما يرد النكاح من البرص والجذام والجنون والعفل ، قلت: أرأيت انكان قد دخل بها كيف يصنع بمهرها؟ قال: المهر لها بما استحل من فرجها ويغرم وليها الذي أنكحها مثل ماساق اليها.[٢]

ولذا قال الصادق عليه السلام في خبر داود بن سرحان : فالرجل يتزوج المرأة فتؤتى بها عمياء أو برصاء أو عرجاء ، قال : ترد على وليها ويكون لها المهر على وليها.[٣]

ومثل خبر الحلبي مارواه محمد بن مسلم ، عن أبي جعفر عليه السلام قال : في كتاب علي عليه السلام من زوج امرأة فيها عيب دلسه ولم يبين ذلك لزوجها فانه يكون لها الصداق بما استحل من فرجها، ويكون الذي ساق الرجل اليها على الذي زوجها ولم يبين.[٤]

وعن أبي الصباح، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سألته عن رجل تزوج امرأة فأتي بها عمياء أو برصاء أوعرجاء ؟ قال : ترد على من دلسها فيرد على زوجها الذي له ، ويكون لها المهر على وليها ، فان كانت بها زمانة لا يراها الرجال اجيزت شهادة النساء عليها.[٥]

---

(١) الوسائل : ج ١٤ ص ٥٩٦ الباب ١ من أبواب العيوب والتدليس ح ١ .
(٢) الوسائل : ج ١٤ ص ٥٩٧ الباب ٢ من أبواب العيوب والتدليس ح ٥ .
(٣) الوسائل : ج ١٤ ص ٥٩٧ الباب ٢ من أبواب العيوب والتدليس ح ٦ .
(٤) الوسائل : ج ١٤ ص ٥٩٨ الباب ٢ من أبواب العيوب والتدليس ح ٧ .
(٥) الوسائل : ج ١٤ ص ٥٩٩ الباب ٤ من أبواب العيوب والتدليس ح ١ .

وعن رفاعة بن موسى قال : سألته عن المحدودة ؟ الى ان قال: بلغني في امرأة برصاء انه يفرق بينهما ويجعل المهر على وليها لانه دلسها[(١)].

الى غيرها من الروايات الموجودة في باب العيوب والتدليس من النكاح من الوسائل والمستدرك وغيرهما .

بل ويدل على الرجوع الى الغار ابتداءاً لا الى المغرور وهو يرجع الى الغار مارواه أبو عمر السراج ، عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل توجد عنده السرقة ؟ فقال : هو غارم اذا لم يأت على بايعها شهوداً[(٢)].

قال في الوسائل في الباب التاسع من [كتاب الغصب] بعد هذا الحديث أقول : الظاهر ان المراد اذا أقام البينة على البائع رجع المشتري عليه بماله، والا فهو غارم ولايرجع مع انكار البائع[(٣)].

بقي أمران :

الاول : ان ميزان القوة والضعف في المباشر والسبب هو العرف ، وانه يرى أيهما أقوى ، فيكون الضمان عليه ، وذلك لانه لا دليل في الشرع على القوة والضعف ، وانما يجب ان يستفاد ذلك من دليل الغرور على ماذكرناه، ومن دليل على اليد وجزاء سيئة ، وما أشبه مما تقدم في بعض المسائل السابقة ولاميزان للاقوائية والاضعفية حسب هذين اللفظين، وانماحسب الادلة الاولية واذا لم يعرف ان السبب أقوى أو مساو أو أضعف كان الاصل ضمان الذي

---

(١) الوسائل : ج ١٤ ص ٦٠٠ الباب ٥ من أبواب العيوب والتدليس ح ٢ .
(٢) الوسائل : ج ١٧ص ٣١٥ الباب ٩ من أبواب الغصب ح ١ .
(٣) الوسائل : ج ١٧ ص ٣١٥ الباب ٩ من أبواب الغصب ذيل الحديث .

أتلف لدليل من أتلف مال الغير وما أشبه .

وبذلك يظهر ، ان ماذكره المحقق الرشتي محل نظر ، قال : الظاهر ان ميزان قوة المباشرة صدور الاتلاف مع القصد الى كونه اتلافاً ومع الاختيار. فلوانتفى أحد الامرين كانت المباشرة ضعيفة من غيرفرق في حال النوم وغيره فيضمن ولو مع السبب، والا كان مناط الضعف اقتران الاتلاف بالاذن الشرعي والرخصة الشرعية ، فلولم يكن كذلك كان السبب ضعيفاً ، وهذا هو الانسب لكلام القوم، وانسب منه القول بكون المباشر أقوى مطلقاً حتى في صورة الاذن، بناءاً على ان استثناء المغرور والمكره من تقديم المباشرة استثناء منقطع راجع الى نفي استقرار الضمان عليهما لاالى نفس الضمان ـ انتهى .

مع انه غامض في الجملة كمالايخفى .

الثاني: انه اذا تساوى السبب والمباشر بأن نسب عرفاً اليهما، كان مقتضى القاعدة انهما كالسببين في تقسيم الضمان عليهما، اذ لا وجه للرجوع الى أيهما بكامل الامر بعد ان لم يكن الدليل يشمل كل واحد منهما على استقلاله، فهما كالعلتين المستقلتين اللتين وردتا على معلول واحد، حيث ان لكل منهما نصف الاثر .

ومنه يظهر وجه النظر في قول المحقق الرشتي حيث قال: قدظهر ان في صورة تساويهما في القوة والضعف انه التشريك، وسيأتي انشاء الله في اجتماع السببين ، لكن قديقال بأن هذا الفرق مفقود بعدما عرفت ، مما ذكرناه في ميزان القوة والضعف، لان مقتضاه عدم وجود ضعف المباشر وهو مطلقاً فضلا عن مساواته مع السبب، ولعله لذا لم نجد في كلمات مشايخ الفقه التعرض لحكم التساوي .

أقول: لعله يظهر صورة التساوي من كلام التذكرة والمسالك والجواهر مماتقدم في مسألة الاشتراك في الاتلاف، أمااحتمال أن يكون المراد من قولهم الضمان على المباشر الا مع قوة ذي السبب ان الضمان على المباشر مطلقاً ، الا اذا كان ذو السبب أقوى، ففيه انه لايمكن أن يكون مرادهم كلتا الصورتين من القسم الاول (أي من قولهم الضمان على المباشر) لان المنصرف من المستثنى منه صورة أقوائية المباشر، ولو بقرينة ماذكروه في غيرالمقام .

ثم ان المحقق الرشتي قسم أسباب الضمان الى ثلاثة أنحاء قال :

أحدها: مايحكم بـه بمجرد وجود السبب فى الخارج قبل وجود بقيـة أجزاء علة التلف فى الخارج، وهذا الضمان ليس كالضمان باليد قبل التلف كما أشرنا اليه سابقاً، لان أموال الناس وأنفسهم ليس فى عهدة حافـر البئر مثلا عدواناً قبل حصول التلف في الخارج بسببه، بخلاف المال في اليد العادية ، فانه في ضمان ذي اليد فعلا قبل تلفه .

ثانيها: مايحكم به بعد وجود العلة قبل تحقق المعلول أوالتلف كالضمان المحكوم بـه في حال العثرة الموجبة للوقوع في البئر قبل حصول الهلاك ، فانه على نحوآخر من الضمان يغاير الاول لقربه من التنجيز، أي تنجز اشتغال الذمة ببدل التالف، بل هو منجز حقيقة عرفاً، وهذا مثل ضمان اليد حين وجود العين بالنسبـة الى البدل لو تلفت لا بالنسبـة الى ردها ، وهذان الضمانان لا يتوقفان على جعل التلف الخارجي، وماذكرنا سابقاً من ان السبب ليس سبباً للضمان بمجرده كما في اليد، بل بشرط في أصل سببية حصول الاصابة والتلف الخارجي غيرناظر الى هذين، بل الى المعنى الاتي .

ثالثها: مايحكم به بعد تحقق التلف في الخارج وهو اشتغال الذمة ببدل التالف منجزاً، الى آخر كلامه .

لكن لايخفى ان تثليث الاقسام ليس على ماينبغي، لان الدليل دل على من أتلف[1] وعلى على اليد،[2] فالقسم الثاني من الضمان وهو قبل تحقق المعلول لايصدق عليه أيهما، ولادليل على الضمان بمجرد العثرة، يعني انه بين العثرة وبين التلف لا ضمان وانما الضمان يتحقق بالتلف .

وكيف كان ، ففي مثل وضع الحجر الذي يوجب العثرة والوقوع في البئر مقتضى القاعدة، ان الضمان على كليهما سواء فعل الوضع والحفر في زمان واحد أو في زمانين، كان هذا متقدماً أوذاك متقدماً، لان المسبب ناشيء عنهما معاً، فمن أتلف وماأشبه يشملهما، ولاوجه لتقديم هذا على ذاك، أوذاك على هذا، فالقول بأنه يحال على المتأخر وجوداً، فكل من وضع الحجر و حفر البئر وكان هو المتأخر في الوجود يضمن به كما حكى عن الفاضل الاصبهاني .

وقال المحقق الرشتي: انه لايخلو عن جودة ووجاهة، لان السبب الاول لماتوقف تأثيره على وجود السبب اللاحق صار كأنه غير سبب حقيقة في نفسه، وان سببيته قد حصلت من وجود السبب الثاني كحفر البئر في جنب الحجر الموضوع في الطريق، فان مجرد وضع الحجر اذا فرض عدم سببيته

---

(١) الوسائل : ج ١٨ ص ٢٣٨ الباب ١١ من كتاب الشهادات ح ٢ .

(٢) المستدرك : ج ٢ الباب ١ من كتاب العارية ح ٥٠٤ .

للتلف مطلقاً ولو أحياناً الا بعد حفر حفيرة في جنبه صح سلب السببية عنه في نفسه ـ انتهى .

غير ظاهر الوجه ، فانـه لولا الحجر لم يعثر، ولولا البئر لم يسقط فيعطب فكلاهما سبب سواء تقدم هذا على ذاك في الوجود أوذاك على هذا، ومن هنا ظهر ان الوجهين الاخرين بالتضمين بالاسبق وجوداً في الخارج ، وان كان متأخراً في التأثير، كما حكى عن ظهور بعض فقرات عبارة التذكرة فى ذلك أيضاً غير ظاهر الوجه .

أما الحوالة على المتأخر تأثيراً، لانـه السبب القريب من الاتلاف الذي هو المضمن، فلاقائل به كماذكره بعضهم .

والحاصل : ان العرف لايرى فرقـاً بين المتأخر والمتقدم من السببين ، وبين معية السببين، كما اذا صار اثنان سبباً لقتل انسان معاً، بأن جرحه كل واحد منهما جرحاً أديا الى هلاكه، حيث لافرق بين المتقدم والمتأخر والمتقارن .

(مسألة ـ ١٢ ـ) قال في الشرائع: لو أرسل في ملكه ماءاً فأغرق مال غيره أو أجج ناراً فيه فأحرق ، لم يضمن مالم يتجاوز قدر حاجته اختياراً مع علمه أوغلبة ظنه ان ذلك موجب للتعدي الى الاضرار ـ انتهى .

أقول : مقتضى القاعدة انــه مع صدق الاتلاف يكون ضامناً بدليـل من أتلف، من غير فرق بين التجاوز في الحاجة وعدمه، وبين العلم أوالظن أوالشك بالتعدى وعدمه، وبين عصف الهواء وعدمه، الى غيرذلك، لان من أتلف شامل لكل هذه الموارد، ولاحاجة في الضمان في باب الاتلاف الى العلم أوالتعدى أوماأشبه، لاطلاق الدليل .

أما اذا لم يصدق الاتلاف، كما اذا اشعل ناراً لاجل طبخه حسب متعارفه ، أو لاجل الدفـأ أو نحوه فعصفت الهواء فجئـة فأطارت الريح النار الى دار الغير فاحترقت أو نحوذلك، فانه لايصدق على مثل هذا الانسان انه أتلف مال غيره .

كما انه اذا ركب السفينة وأركب الناس والاموال فيها فعصفت الهواء فغرقت السفينة و لاموال والناس، لم يكن هذا الانسان صاحب السفينة ضامناً ، لانه لم يكن عرفاً متلفاً، وانما التلف يستند الى الهواء ، وكذلك اذا أشعل في داره مصباحه، فجائت الفأرة وأخذت الفتيلة المشتعلة وذهبت بها الى دار الجار فاحترقت، فانه لايكون ضامناً لانه لايسند اليه .

نعم ، اذاكان عالماً بهبوب الريح أوبمجيء الفارة أوبغرق السفينة ومع ذلك ذهب بالسفينــة واشعل النار محتاجاً أو غير محتاج اليها ، فانه يسند عرفاً اليــه .

ولذا قال الجواهر : والتحقيق كون المدار على صدق الاتلاف حقيقة ولوبالتوليد ان لم يكن اجماع على خلافه، من غير فرق بين التجاوز في الحاجة وعدمه، وبين العلم أوالظن بالتعدى وعدمه ، نعم لوكان ذلك من التسبيب لم يكن عليه ضمان مالم يعلم التعدي، أويغلب على ظنه ولو بكونه من شأنه ذلك وبما ذكرنا يفرق بين تأجيج النار في العاصف، وبين تأجيجها بلاريح، ثم يعرض الريح في الأثناء ـ انتهى .

وان كان يرد عليه أولا: انه لاحاجة الى غلبة الظن، بل الاحتمال العقلائي كاف، وان كان الظن على خلافه، لانه يعد متلف عرفاً، فاذا أجج النار وكان محتملا ان تصل الى دار الجار احتمالا عقلائياً، وان كان مرجوحاً كما ذكروا مثله في الخوف في باب الوضوء والصلاة والصوم والحج وغيرها كان مقتضى القاعدة الضمان، لانه يصدق عليه من أتلف .

كمايرد عليه ثانياً: ان اطلاقه بقوله : وبين تأجيجها بلاريح، ثم يعرض الريح في الاثناء غير ظاهر ، الاأن يقال: بانصرافه الى انه لم يكن محتملا عقلائياً تأجيجها بعروض العاصفة مثلا .

أما اذا كان محتملا العصف بأن كان الوقت وقت العصف ولو كان احتمالا واحداً في العشرة مثلا كان مقتضى الاصل الضمان .

كما انه كذلك فيمن يذهب بانسان الى محل يحتمل من العشرة واحداً أن يفترسه الاسد أوماأشبه ، فان العرف يرون انه هو السبب بعد احتماله احتمالا عقلائياً، وان كان مرجوحاً واحداً في العشرة مثلا، بل وأكثر، فان العقلاء لا يقدمون على مثل هذا الاحتمال، فاذا كان في كل عشرين سيارة تذهب من

الطريق المخطور واحدة منها تسقط في الهوة أوتصطدم أويسرق مافيها بسبب قطاع الطرق ، فاذا ذهب انسان بجماعة من هذا الطريق، وهو محتمل هذا الاحتمال وكان الاحتمال عقلائياً، كان سبباً عرفاً وألقى عليه الضمان وصدق عليه من أتلف .

وبذلك ظهر وجه النظر في كثير من الكلمات كقول المسالك: اذا أرسل في ملكه ماءاً وأجج ناراً لمصلحته، فان لم يتجاوز قدر حاجته ولا علم ولاظن التعدى الى غيره فحصل التعدي والافساد على الجار، فلاضمان على المباشر اتفاقاً لعدم التفريط، وان الناس مسلطون على أموالهم(١)، وسببيته في الاتلاف ضعيفة بالاذن له من قبل الشارع في فعل ذلك في ملكه ، فلايتعقبه الضمان ، وان تجاوز قدر الحاجة وعلم أوظن التعدى فاتفق فلاشبهة في الضمان لتحقق التفريط المقتضى له مع وجود السببية الموجبة للضمان وان اتفق أحدالامرين خاصة :

أما التجاوز عن قدر الحاجة مع عدم ظن التعدى ، أوعدم التجاوز عنه مع علم التعدي أوظنه، ففي الضمان قولان :

أحدهما: وهوالذي جزم به المصنف هنا، والعلامة في القواعدوالارشاد عدم الضمان لانه فعل مأذون فيه شرعاً ، فلايتعقب الضمان ولايعد مثل ذلك تفريطاً، حيث لم يظن التعدى في الاول، ولايجاوز حاجته في الثاني، لاصالة البرائة من الضمان .

والثاني: الاكتفاء في الضمان بأحد الامرين تجاوز الحاجة أوظن التعدي وهو اختيار العلامة في التحرير والشهيد في الدروس لتحقق السببيةالموجبة

---

(١) بحار الأنوار : ج ٢ ص ٢٧٢ .

له، الى آخر كلامه (رحمه الله) فانه يستشكل على جملة من الادلة في الاقوال التي ذكرها، مثلا: عدم التفريط، والناس مسلطون ، لايقاومان من أتلف، ومن أعتدى، وماأشبـه من الادلـة المقتضية للضمان، كما ان أذن الشارع لاينافي الضمان للجمع بين الحقين، كماتقدم مثله في بعض المسائل السابقة .

وقد ذكره الفقهاء في موارد جمة، والتي منها أكل المخمصة، والاشكال على دليل من أتلف بأنه لم يرد من طرقنا .

يردعليه أولا: انه وارد في كتب الفقهاء ، وأي فرق بين وروده فى الكتب الفقهيةأوالحديثية، خصوصاً وقد عمل به المشهور من أول الفقه الى آخره .

وثانياً: ان فى جملة من الروايات شاهد على ذلك، حتى انه قال فى حاشية الجواهر عند قولـه : الانصاف ضرورة المفروغيـة من قاعدة من أتلف التي لهجت بها السنة الفقهاء فى كل مقام، وربما كان فى بعض النصوص أشعار بها ـ انتهى مانصه، راجع الوسائل الباب العاشر والحادي عشر والرابع عشر من [كتاب الشهادات] والباب الخامس والسابـع من [كتاب الرهن] والباب التاسع والعشرين من [كتاب الاجارة] والباب الثامن عشر من [كتاب العتق] الحديث الواحد والخامس والتاسع، والباب الاثنيـن والعشرين من أبواب حد الزنا، الحديث الرابع، والباب الواحد من أبواب نكاح البهائم الحديث الرابع من [كتاب الحدود] ـ انتهى .

بل وكذا روى روايات تؤيد ذلك المستدرك في هذه الابواب وفي غيرها كمالايخفى لمن راجع .

وثالثاً: انا لانحتاج الى دليل من أتلف فقط، فان من أعتدى، ووجزاء سيئة

ومن عاقب بمثل ماعوقب، وأشباه ذلك كلها تؤيد هذا الموضوع، وعليه فان نزل اطلاق محكي المتنعة والنهاية والمبسوط والسرائر من عدم الضمان اذا اشعلها في ملكه فحملتها الريح الى غيره على ماذكرناه فهو، والا كان في اطلاقهم نظر كماعرفت .

ومنه يعلم الحال انه لوتسرب من حديقته الماء الى دار الجار، أو من بالوعته أوماأشبههما فسبب الماء عطب سردابه أوحائطه أوغيرهماكان ضامناً ، وان كان قدأعطى الماء بقدر الحاجة ولميعلم بالتسريب لصدق من أتلف[1] وغيره وعدم علمه، وكونه في ملكه ، وانه بقدر حاجته لاينفع بعد عموم دليل من أتلف وغيره ، والظاهر انه في تأجيج النار وارسال الماء اذا علم بانه يسبب الحرق والغرق كان ضامناً، وانه بالاضافة الى ذلك يعاقب عليه، اذ لافرق بين التأجيج عمداً في دار الجار، أوالتأجيج في داره وهو يعلم بسراية النار الى دار الجار ولو بسبب العواصف ونحوها .

وفي رواية السكوني ، عن جعفر ، عن أبيه ، عن علي عليه السلام ، انه قضى في رجل أقبل بنار فأشعلها في دار قوم فاحترقت واحترق متاعهم ، قال : يغرم قيمة الدار وما فيها ، ثم يقتل[2]. كذا رواه الشيخ والصدوق .

وفي المقنع مثله مرسلا ، ولعل القتل من باب انه مفسد ، فهو مثل من شهر السلاح ، حيث يدخل في قوله سبحانه : ﴿ انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الارض فساداً أن يقتّلوا ﴾[3] الاية .

---

(١) الوسائل : ج ١٨ ص ٢٣٩ الباب ١١ من أبواب الشهادات ح ٢ .
(٢) الوسائل : ج ١٩ ص ٢١٠ الباب ٤١ من أبواب موجبات الضمان ح ١ .
(٣) سورة المائدة : آية / ٣٣ .

وكذا الحال فيمن حفر بئراً في داره أوحفر الأساس فسبب سقوط حائط الجار مثلا .

أما روايات ان البئر جبار ، فلانشمل مانحن فيه ، وان كانت متعددة .

فعن السكوني ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله : البئر جبار ، والعجماء جبار ، والمعدن جبار[١].

وعن عقبة بن خالد ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : كان من قضاء النبي صلى الله عليه وآله ان المعدن جبار ، والبئر جبار ، و العجماء جبار ، والعجماء بهيمة الانعام ، والجبار من الهدر الذي لايغرم[٢].

وعن زيد بن علي ، عن أبيه ، عن آبائه عليهم السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله: العجماء جبار ، والبئر جبار ، والمعدن جبار[٣] ـ الحديث .

الى أن قال : والجبار الذي لادية فيه ولاقود ،فان هذه الامور انما تكون جباراً اذا لم يسند اليه التلف، بدليل الجمع بين هذه الروايات والروايات الاخر والتي تقدم بعضها فهي مثل :

ما عن يونس،عن رجل ، عن أبي عبدالله عليه السلام انه قال: بهيمة الانعام لايغرم أهلها شيئاً[٤] ، فان المراد بأمثالها صورة عدم أسناد التلف الى صاحب البئر والمعدن والبهيمة وماأشبه، والا فدليل من أتلف محكم، ولذا يضمن صاحب الدابة الصائلة والكلب اذا تعديا الى غيرهما، وقد ذكرنا بعض الكلام في ذلك،

---

(١) الوسائل : ج ١٩ ص ٢٠٢ الباب ٣٢ من أبواب موجبات الضمان ح ١ .
(٢) الوسائل : ج ١٩ ص ٢٠٤ الباب ٣٢ من أبواب موجبات الضمان ح ٤ .
(٣) الوسائل : ج ١٩ ص ٢٠٤ الباب ٣٢ من أبواب موجبات الضمان ح ٥ .
(٤) الوسائل : ج ١٩ ص ٢٠٨ الباب ٤٠ من أبواب موجبات الضمان ح ١ .

في [كتاب أحياء الموات] وفي[كتاب الديات].

ومما تقدم يعلم ، وجه النظرفي كلامي المسالك والتذكرة قال الاول:ولو اتفق جفاف شجر جاره بالنار بسبب المجاورة فالحكم كما لوسرت اليها الا أن يكون أغصان الشجرة في هـواء أرض موقد النار فلاضمان اذا كان عطفها غيرممكن ، والا اتجه الضمان لانه ليس له أتلافها مطلقاً ،كما تقررفي موضعه وفي التذكرة أطلق عدم ضمانها متى كانت في هواء موقد النار ، وضمانها ان لم يكن كذلك من غير تقييد بعلم التعدي أو تجاوز الحاجة محتجاً ، ان ذلك لايكون الا من نار كثيرة ، ولايخفى مافيه ـ انتهى .

اذ يرد على الاول : ان كون أغصان الشجرة في هواء أرض موقد النارلا يرفع ضمان احراقها ، بل له أن يرجع الى الجار لقطعها أو عطفها ، فاذا لم يقبل رجع الى الحاكم ، فان لم يمكن الحاكم كان له الحق في القطع لافي الاحراق ، اذ الاحراق اتلاف ، بينما القطع ازالة المانع عن سلطته .

ومنه يعلم ، مايرد على كلام التذكرة خصوصاً احتجاجه بأن ذلك لايكون الا من نار كثيرة ، فان العلة مع قطع النظرعن الاشكال في اطلاقها، اذ يمكن أن يكون ذلك من نار قليلة أيضاً ، لادلالة فيها على اطلاق الحكم الذي ذكره.

ثم ان دليل لاضرر منصرف عن الاضرار المتعارفة التي يضر بها كل جار جاره و كل شريك شريكه، كما ان قاعدة السلطنة (١) منصرفة الى السلطنة المتعارفة لافوق ذلك .

ففي الاول : المتعارف ان الانسان يكنس داره و دكانه وأمام داره وأمـام

---

(١) بحار الأنوار : ج ٢ ص ٢٧٢ .

دكانه وما أشبه ، ويسبب شيئاً من اثارة الغبار حتى اذا رش الماء ، واثارة الغبارموجبة لتضرر المارة وماأشبه ، فانه لايشمل لاضرر مثل ذلك حتى يقال: لاحق له في الكنس لان الجار أوالمارة يتضررون بذلك ، وكذلك القرائة في البيت في الاحتفال أو في المأتم وماأشبه تؤذى الجيران بمجيء الناس ورواحهم، الى غير ذلك من الامثلة ، فان دليل لاضرر لا يشمل مثل هذه الامور .

وفي الثانـي : قاعدة السلطنـة لا تشمل مثل أن يخرج الانسان الاصوات المزعجة للجيـران من داره بسبب دق أو صيـاح أو ترفيع صوت الراديـو والتلفزيون وماأشبه ، كما لايشمل جعل داره دكان خباز حيث مايؤثر الحرارة على الدار الفوقانية أوعلى الجار أكثرمن المتعارف في البيوت ، أو أن ينصب في أرضه معملا يسبب ازعاج حيطان الجيران ، الى غير ذلك من الامثلة،فاذا شمل دليل السلطنة ولم يشمل دليل لاضرر ، أوشمل دليل لاضرر ولم يشمل دليل السلطنة فلااشكال ، أما اذا تعارضا بأن كان السلطنة المتعارفة يوجب ضرراًغير متعارف للجار .

كما اذا كان اشعال حمام داره يوجب ذهاب الدخان الى دار جاره مما يزعجهم، وكان ذلك سلطنة متعارفة لافوق التعارف ، وكان الضرر ضرراً أكثر من التعارف ، فمقتضى قاعدة الجمع بين الحقين ان له أن يستفيد من سلطنته لكن عليه أن يتدارك الضرر، فان في المقام يتعارض لاضرران وسلطنتان، سلطنة صاحب الدار المشعل لحمامه ، ولاضرره بالنسبة الى عدم اشعال حمامـه ، حيث ان عدم تصرف الملاك في أملاكهم في نفسه ضرر عليهم وحرج، وان لم يكن ممايتضرر المالك بتركه مالا أو بدناً،لان وضع الملك شرعاً وعرفاً،ى

الانتفاع به بحسب الدواعي النفسانية ، وحبس المالك عنه ضرر عليه ، كما ان في الطرف الاخر وهو الجار دليل لاضرر يحكم بانه يحق له أن يمنع صاحب الحمام عن اشعاله ، كما ان دليل سلطنته في عقده السلبي ان له أن يمنع الاخرين مزاحمة سلطنته ، فاذا تعارض الدليلان من الجانبين يتساقطان، ويبقى بعد ذلك ان مقتضى الجمع بين الحقين ان له الحق في الاشعال ، كما ان عليه تدارك الضرر ، كما ذكروا مثله في أكل المخمصة وغيره .

وبذلك تظهر وجوه المناقشة في كلام المحقق الرشتي حيث قال: التصرف المضران كان تركه مما يتضرر به المالك مالا أو بدناً فلااشكال في جوازه ، لان قاعدة حرمة الاضرار المستفادة من النواهي وقوله عليه‌السلام: لاضرر ولاضرار(١) معارضة لمثلها في الجانبين ، فيبقى قاعدة السلطنة سليمة عن المعارض .

نعم في مراعات أكثر الضررين وأهمهما كلام وتأمل ، لكن الاظهر ان قاعدة الاهمية في تعارض الحقوق ملغاة في المقام ، فلو كان ضرر المالك من ترك التصرف واحد ، وضرر الجار أكثر جازله التصرف أيضاً ، اذ الضرورات تبيح المحظورات كائنة ما كانت ، ودفع الضرر عن النفس والمال بحكم العقل والنقل من الضروريات التي لايكافئها شيء من المحظورات .

الى ان قال : هذا اذا كان التصرف مما يتضرر المالك بتركه ، وان كان لايتضرر فاما يعلم باضرار الغير ، أو يظن أولا ، وعلى التقادير أما أن يكون هناك امارة التعدي والسراية أم لا ، أما صورة العلم مع وجود الامارة ، ففي جواز التصرف حينئذ وعدمها وجهان مبنيان على ترجيح احدى القاعدتين :

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٤١ الباب ١٢ من كتاب أحياء الموات ح ٣ .

قاعدة السلطنة وقاعدة نفي الضرر على الاخرى، لان المقام من تعارض القاعدتين وقد يرجح القاعدة الاولى أعني قاعدة السلطنة بمثل ماذكرنا في القسم الاول بناءاً على ماذكره العلامة في محكي بعض كتبه خلافاً لبعض العامة القائل بتقديم قاعدة لاضرر وتحكيمها عليها ، من ان عدم تصرف الملاك في أملاكهم في نفسه ضرر عليهم وحرج ، الى آخر كلامه .

اذ أولا : قد عرفت ان في كلا الجانبين كلتا القاعدتين ، لا ان في جانب قاعدة وفي جانب قاعدتان .

وثانياً : ان مدخلية العلم والظن وماأشبه لاوجه له اذ الالفاظ موضوعة للمعاني الواقعية بلامدخلية للعلم والجهل والظن والشك فيها ، نعم اذا ورد دليل ثانوي على ذلك كما في باب الخوف من الصوم والصلاة أخذ بذلك الدليل الثانوي ، وليس في المقام دليل ثانوي .

وثالثاً : انه لم يعرف وجه لقوله بالغاء قاعدة الاهمية في تعارض الحقوق في المقام ، فقاعدة الاهم قاعدة عقلية وشرعية جارية في كل الموارد ، الا اذا دل الدليل الخاص على خلافها ، وليس المقام فيه ذلك الدليل الخاص ،كما انه (رحمه الله) لم يقم دليلا على ذلك ، الى غير ذلك من مواضع النظر في كلماته في هذا الباب ،كما لايخفى لمن راجع كلامه .

(مسألة ـ ١٣ ـ) قال في الشرائع : لو ألقى صبياً في مسبعة أو حيواناً يضعف عن الفرار ضمن لو قتله السبع .

أقول : ومراده الصبي الحر لاالعبد ، لان العبد لااشكال في ضمانه .

ولذا قال في القواعد : ولو نقل صبياً حراً الى مضيعة فافترسه سبع ففي الضمان اشكال .

وعن التذكرة انه قال : لو نقل صبياً حراً الى مضيعة فاتفق سبع فافترسه فلاضمان عليه احالة للهلاك على اختيار الحيوان ومباشرته ، ولم يقصد الناقل بالنقل ذلك وفيه اشكال ، أما لو نقله الى مسبعة فافترسه سبع وجب الضمان لانه قصد الاتلاف ، بالنقل ، ففرق بينهما بقصد الاتلاف وعدمه، لكن لايخفى ان الفرق المذكور غير فارق ، اذ التسبيب موجب للضمان وان لم يكن قصد بل ولولم يكن اختيار أيضاً كما ذكروا في [كتاب الديات] وتقدمت الاشارة اليه لمثل وجزاء سيئة ونحوه، حيث ان الفعل سيئة وان لم يقصد الفاعل السيئة اذ القصد يجعل السوء والحسن فاعلياً ، أما الفعل فهو سيء وحسن في نفسه ، ولاربط بين الامرين .

وقد رد الاشكال المذكور في كلام العلامة جامع المقاصد بقوله : وهذا الاشكال ليس بشيء بعد ماسبق في كلامه من ان الصبي اذا ألقاه في مسبعة فافترسه السبع ضمنه ، وكذا ضمانه لو تلف بسبب لدغ الحية ووقوع الحائط على الرأي ، فان القائه في مضيعة أقرب الى توقع علة الهلاك من هذه الاخيرة ، والاصح الضمان فيه وفي المجنون كما سبق ـ انتهى .

وحيث قد عرفت ان المعيار وجود التسبيب ، فلافرق في ذلك بين الصبي

والمجنون وغيرهما ، اذا لم يكن قادراً على الفرار ، لان السبب صادق في ذلك ، أما قول التذكرة المتقدم احالة للهلاك على اختيار الحيوان ومباشرته، فلايخفى مافيه اذ الحيوان ليس فاعلا بالاختيار كالانسان ، فهو كما اذا أغرى كلبه بعقر انسان ضمن .

بل قد تقدم هناوذكرنا في الديات أيضاً، وذكروا هم انه لودعاه الى منزله فعقره كلبه كان ضامناً ، فكيف بما اذا أغراه أو تركه في مكان يأكله السبع ، ولو كان الاكل غير مقطوع به فيما يراه العرف سبباً الموجب لشمول أدلة السبب له .

ولذا قال في الجواهر : نعم لايضمن الكبير الذي يمكنه التحرز عادة باتفاق اتلاف السبع له ، لان ذلك لايعد سبباً في حقه ، وانما وقع بالاتفاق ـ انتهى .

ومن ذلك يظهر انه لاوجه في الفصل بين الكبير والصغير بما هما، وانما المعيار امكان التحرز وعدمه ، فربما كان صغيراً يمكنه التحرز ، وربما كان كبيراً لايمكنه التحرز ، فالكبير والصغير في كلامهم من باب المثال .

وكيف كان فما نقل عن الشيخ في مبسوطه من عدم ضمان الصبي الحر اذا ألقاه في مسبعة معللا له بأن الحر لايدخل تحت اليد ، غير ظاهر الوجه،ولذا أشكلوا عليه بعدم انحصار الضمان باليد ، اذ كما ذكرنا في أول هذا الكتاب ان الضمان قد يكون باليد،وقد يكون بمباشرة الاتلاف ،وقد يكون بالتسبيب ، وهنا من التسبيب .

وبذلك يظهر وجه النظر في كلام المحقق الرشتي حيث دافع عن الشيخ بقوله : ان هذا الجواب الذي أجابوا به عن الشيخ لامساس له بكلام الشيخ

والعلامة ، لانهما يدعيـان عدم تحقق التسبيب ، ولذا خص الكلام بالصبي ـ انتهى .

اذ فيه مع التصريح بالعلة ، كما ذكره الجواهر وغيره في كلام الشيخ لا وقع لجواب الرشتي عن الجواب .

وحيث قد عرفت ان المعيار على التسبيب ، فلافرق بين جعل سبع عند الانسان ، أو ألقائه عند السبع ، أو ألقائه في البحر ، أو ألقاء عقرب أو حيـة عليه ، أو الذهاب به الى مكان العقارب والحيات ، أو الالقاء به في مكان أحاطت به النار مما يحترق ، أو ماأشبه من الاسباب العرفية الموجبة لدخول العمل في التسبيب .

بل وكذا الحال اذا ذهب به الى مسبعة فخاف مما سبب موته ، فانه هو السبب أيضاً ، وكذلك اذا استمع صوت الاسد ، أو فحيح الحية أو ما أشبه فانخلع قلبه ومات خوفاً .

بل قد ورد في حديث اعطاء علي عليه السلام من قبل الرسول صلى الله عليه وآله وسلم ديـة خوف النساء[1] ، حيث قتل خالد بن الوليد بعض الرجـال فخفن النساء في ذيل قولـه سبحانه وتعالى : ﴿ولاتقولوا لمن ألقى اليكم السلم لست مؤمناً﴾[2] الاية ، وان كان ذلك ليس محل شاهد كلامنا هنا ، وانما ذكرناه لبيان ان التخويف أيضاً سبب للضمان حسب هذه الرواية (وان لم أجد المشهور يقولون به من بـاب السالبة بانتفاء الموضوع) وقد ألمعنا الى ذلك في [كتاب الديات] .

---

(١) كما في البحار : ج ٢١ ص ١٤١ و ١٤٢ .

(١) سورة النساء : آية / ٩٤ .

ثم ان ماذكرناه من كلام الشيخ في المبسوط على ما نقله مفتاح الكرامة والجواهر وغيرهما ينافي مانقله المسالك عنه ، حيث قال : هذا اذا لم نقل بقول الشيخ ان موت الصبي المغصوب بسبب يوجب ضمان الغاصب مطلقاً، والا ضمن هنا بطريق أولى ، اذ يظهر منه ان الشيخ له قولان في المسألة،قول هناك بالضمان ، وقول هنا بعدم الضمان ، ولايخفى مابينهما من التعارض .

أمااذا ألقى كبيراً في مسبعة يمكنه التحرز بصعود نخلة ، أو اطلاق رصاص على السبع أو ماأشبه ، ثم رأيناه بعد مدة وقد قتل ، فلم نعلم انه لم يحترز عن السبع غروراً حتى افترسه ، أو لم يحترز عنه ضعفاً مماشك بسببه في كون هذا الانسان الملقى هل هو سبب أم لا ؟ فقد سبق في بعض المسائل ان الاصل عدم السببية فلاضمان ، وكذا في أمثاله ، والمراد بافتراس الاسد ونحوه أعم من قتله ، أو من نقص عضو منه ، أوسبب مرض له أوماأشبه ، لان الملاك في الكل واحد كما هو واضح .

(مسألة ـ ١٤ ـ) قال في الشرائع : لو غصب شاة فمات ولدها جوعاً ، ففي الضمان تردد ، وكذا لو حبس مالك الماشية عن حراستها فانفق تلفها ، وكذا التردد لوغصب دابة فتبعها الولد .

وقال في القواعد : ولوغصب شاة فمات ولدها جوعاً ، أوحبس المالك عن حراسة ماشيته فاتفق تلفها ، أوغصب دابة فتبعها الولد ففي الضمان نظر ، ونقل النظر في مفتاح الكرامة ، عن التحرير والارشاد والكفاية و الايضاح ، لانه لاترجيح في الايضاح لاحد الاحتمالين ، وكذا التذكرة لانه استشكل في الفرع الثاني ، ولم يذكر الاخرين ، قال : ولم يذكر اللمعة الا الاخير من دون ترجيح ، وقرر في الدروس فيه الضمان ، وفي الروضة : انه أقوى .

وفي غاية المراد : النظر في هذه الثلاثة ينشأ من عدم الاستقلال، فلايتحقق الغصب ، ومن انه سبب في اتلافها ، اذ لولاه لم يتحقق التلف ، وان كان لعلة اخرى خارجة ، أي والضمان ليس منحصراً في الغصب ، ونحوه مافي جامع المقاصد والمسالك ، ثم قال : والاولى أن يقال منشأ النظر الشك في كونه سبباً في التلف ، وعدمه بانتفاء المباشرة للاتلاف والغصب ـ انتهى .

أقول : الظاهر الضمان ، لانه سبب عرفاً ، فيشمله أدلة السبب .

ومنه يعلم وجه النظر في قول الجواهر : انك قد عرفت كون السبب هو ما دلت عليه النصوص المزبورة ، أو الحق به لاجماع ونحوه، وماعداه فالاصل براءة الذمة من الضمان به ، فالمتجه عدم الضمان حينئذ في المسائل المفروضة بعد فرض الشك في السببية الشرعية بالمعنى الذي ذكرناه ، ولايجدي كونها أسباب عرفية أو مشابهة لما في النصوص مما ذكر فيها الضمان به بعد حرمة القياس عندنا ، وعدم الاجماع على الالحاق ، وعدم دلالة عرفية في النصوص

على وجه يندرج فيها ـ انتهى .

ولابأس بكلام المحقق الرشتي في المقام ، حيث فصل في المسألةقائلا: لو فرض انحصار سبب الرضاع في مصاحبة الام بـأن كان ارضاع الطفل مع غصب الام متعذراً ، ولومن الخارج ، كان الغصب كحفر البئر في كونه ايجاداً لملزوم العلة ، اذ المفروض عدم استناده حينئذ الا اليه، لان بقية أسباب الشبع كانت معدومة ، فلاتصلح لاسناد عدم الجوع المتقوم بالارتضاع من الام الى تلك الاسباب ، فنقول: انهذا الجوع الشخصي المفروض يقوم عدمه بخصوص مصاحبة الام نسبته الى غصب الام كنسبة الوقوع في البئر اليها من حيث استحالة وجوديهما الشخصيين بدون الغصب والبئرفتدبر.

ولعل كلام الاصحاب في غيرهذا الفرض بأن كان الغصب في حال أمكن ارضاع الولد من الخارج وحينئذ فالاشكال في محله ، بل الحق عدم الضمان كما ان الحق الضمان في ذلك الفرض بماقلنا ـ انتهى .

وان كان في قوله : (متعذراًوأمكن)نظر.

(مسألة ـ ١٥ ـ) قال في الشرائع : لو فك القيد عن الدابـة فشردت ، أو عن العبد المجنون فأبق ضمن ، لانه فعل فعلا يقصد به الاتلاف .

وكذا لو فتح قفصاً عن طائر فطار مبادراً أو بعد مكث ونحوه .

وفي مفتاح الكرامـة ،كما صرح بذلـك في الخلاف والمبسوط والغنية والسرائر والتذكرة والنافع والتحرير والارشاد والدروس وجامع المقـاصد والمسالك ومجمع البرهان والكفاية ، وفي الاخير : انه المعروف من مذهب الاصحاب ، وظاهر التذكرة الاجماع علـى الضمان في فتح قفص الطائر سواء طار في الحال أو بعد مكث .

وحكى في الرياض ، عن المبسوط نفي الخلاف في الثلاثة .

وعن ظاهر التذكرة الاجماع في الثلاثة .

وفي المبسوط انه لوأهاج الدابة فشردت ، أو الطائرفطار ضمن بلاخلاف الا من العامة .

وفي التذكرة : انه لو أهاج الطائرضمن قولا واحداً ، وفيحكم خروج الطائر وثوب الهرة ولوأفسد الطائر وغيره شيئاً بخروجه ضمنه، لانفعل الطائر منسوب اليه ـ انتهى .

أقول : يدل على كل ذلك بالاضافة الى الاجماع المدعي .

وفي الجواهر: بلاخلاف أجده فيشيء من ذلك ، ان كل تلك الامور من مصاديق السبب الذي أصطيد من الاخبار المتقدمة ، بل والايات السابقة مثل: ﴿من اعتدى﴾[١] ونحوها .

---

(١) سورة البقرة : آية / ١٩٤ .

نعم ، أشكل في الجواهر في فعل الطائر قال : لايخلومن نظرخصوصاًفي مثل اتلاف الدابة بعد الفك في بعض الاحوال ضرورة امكان منع السببية الشرعية ـ انتهى .

لكن يمكن أن يقال : ان الموارد مختلفة ، ففي بعض الموارد ينسب فعل الدابة والطائر ونحوهما الى السبب ، وفي بعض الموارد لاينسب اليه ، كمااذا أطلق الدابة عن وثاقها فهربت الى الغابة وبعد سنة ، مثلا : أفسدت شيئاً ، فانه لايقال : ان هذا هوالسبب ، كماان الاب الذي يولد المجنون اذافعل المجنون شيئاً بعد عشرين سنة من الولادة مثلا ، لايقال : ان الاب سبب .

ولو كانت الدابة في حال فك قيدها بنفسها فساعدها بما لولم يساعدها هربت أيضاً ، فهل هوضامن باعتبار انه هو الذي فعل ذلك ؟ أو ليس بضامن لان الشيء الذي أفسدته الدابة كان يفسد ، سواء فك القيد أو لم يفك ؟ الظاهر الضمان ، لانه السبب ، فهومثل ماذا قتل انساناًكان مشرفاً على الموت فلايقال : انه كان يموت ، سواء قتله أو لم يقتله .

وكذلك اذا كسر آنية في وقت نزول الثلج من السماء بحيث انه لولم يكن كسرها كسرته الثلوج المتساقطة ، فانه هو السبب ، وكذلك اذا أحرق ثوباً قريباً من النار بحيث انه لولم يحرقه لاحترق بعد لحظات لقرب النارمنه ومثل ماتقدم الحال فيما لو أهاج الدابة فافسدت شيئاً بلاشرود ، أو الطائر فأفسد شيئاً فهومثل اغراء الكلب ، حيث انه ضامن لماأتلفه لقاعدة من أتلف وما أشبه مماتقدم .

قال في مفتاح الكرامة : ولو تلفت هذه الثلاثة بغير الجهة التي هي فعل

السبب كأن مات الطائر أو العبد المجنون ، أو الدابة فلاضمان لعدم مدخلية السبب وعدم وضع اليد الموجب للضمان ، وتبعه الجواهر في ذلك : ولو أطلق الدابة مثلا ففعلت ما يوجب اجرة لصاحب الدابة ، كما اذا سفد الذكر الانثى والسفاد يوجب أجراً لصاحب الدابة .

فالظاهر ان الفاك ضامن للاجرة ، ولاشيء على من سفدت دابته ، اذ لم يأمر بذلك، فهو كما اذا كنس انسان دار انسان آخر حيث لاشيء على الانسان المكنوس داره ، نعم ذكرنا في بعض المسائل عدم بعد اشتراك الطرفين في النتاج .

أما لو سبب الفاك سمن الدابة أو ماأشبه من المنافع المتصلة أو المنفصلة، فلايبعد أن يكون الغاصب الفاك شريكاً للمالك ، لانه حصل من سعيه ،ولكل امرء ماسعى .

قال سبحانه : ﴿ وأن ليس للانسان الا ما سعى ﴾[١].

وفي [كتاب التجارة] في باب جواز بيع الاصول، عن هارون بن حمزة قال: سألت أباعبدالله عليه السلام، عن الرجل يشتري النخل يقطعه للجذوع، فيغيب الرجل فيدع النخل كهيئته لم يقطع، فيقدم الرجل وقد حمل النخل ؟ فقال له: الحمل يصنع به ماشاء ، الا أن يكون صاحب النخل كان يسقيه ويقوم عليه[٢].

وفي رواية اخرى : الا أن يكون صاحب الارض ساقاه وقام عليه[٣].

---

(١) سورة النجم : آية / ٣٩ .
(٢) الوسائل : ج ١٣ ص ١٧ الباب ٩ من أبواب بيع الثمار ح ١ .
(٣) الوسائل : ج ١٣ ص ١٨ الباب ٩ من أبواب بيع الثمار ح ٢ .

كما يؤيده ما رواه المستدرك في نوادر مايتعلق بأبواب [كتاب الغصب] عن دعائم الاسلام ، عن أبي عبدالله عليه السلام ، انه قال : في الغاصب يعمل العمل ويزيد الزيادة فيما اغتصبه ؟ قال : ماعمل فزاد فهو له ، وما زاد مما ليس من عمله فهو لصاحب الشيء ، ومانقص فهو على الغاصب.[١]

هذا كله من غير فرق بين أن يكون فك القيد عن الدابة ، أو عن العبد فشردت وأبق أو ما أشبه ، عن عدوان أو عن عدم اطلاع وعلم . ولو ظن ان الدابة والعبد والطائر لنفس الفاك .

أما اذا كان ذلك من جهة شرعي ، كما ان الدابة اذا كانت تموت اذا لم تفك، والعبد المجنون كان تلدغه الحية أو يأكله السبع مثلا، أو الطائر يموت في القفص، فان له الحق في أن يفعل كل ذلك، ولاضمان عليه اذا لم يمكن جمع بين الحقين كأن ينقل الدابة من هذا المكان الى مكان آخر مقيدة ، أو ينقل الطائر الى مكان فيه ماء وعشب ويجعل القفص في ذلك المكان ، حيث يتناول الطائر الماء والحب وما أشبه ، الى غير ذلك .

و ذلك لان معنى الاذن الشرعي ، بل الوجوب انّه غير ضامن ، لا انّه يستدل لذلك بما على المحسنين[٢]؛ اذ قد تقدم ان ماعلى المحسنين لايدل على عدم الضمان في كل مورد .

لايقال : الدابة تفوت على المالك ، سواء ماتت أوشردت .

لانه يقال : لايجوز القاء الدابة حتى تموت .

---

(١) المستدرك : ج ٢ ص ١٤٧ الباب ٥ من أبواب الغصب ح ٣ .

(٢) سورة التوبة : آية / ٩١ .

وكذا الانسان والطائر وماأشبه، كما يستفاد من روايات الرفق بالحيوان، بل يمكن أن يقال : بضمان دية العبد اذا لم يفكه حتى مات ، لانه السبب عرفاً في موته .

ويؤيده ماروره في [كتاب الامر بالمعروف والنهي عن المنكر] عن عيسى عليه السلام مامضمونه : ان تارك الجرح كالجارح[١].

وماروا الجعفريات باسناده الى علي عليه السلام قال: قضى في الرجل استسقى أهل أبيات شعر ماءاً فلم يسقوه حتى مات ، فضمنهم علي عليه السلام[٢].

وعن دعائم الاسلام ، عن أميرالمؤمنين عليه السلام ، انه قضى في رجل استسقى قوماً فلم يسقوه وتركوه حتى مات عطشاً بينهم وهم يجدون الماء ، فضمنهم ديته[٣]. على ماروا هما المستدرك في نوادر مايتعلق بأبواب موجبات الضمان .

ثم انه قال الشرائع بعد حكمه المتقدم : ولا كذلك لو فتح باباً على مال فسرق ، أو زال قيداً عن عبد عاقل فأبق ، لان التلف بالمباشرة لابالسبب .

بل في الجواهر : لم أجد خلافاً في الاول منهما ، وان أشعر به نسبته الى المشهور في الكفاية ، الا انا لم نتحققه ، بل لعل الثاني أيضاً كذلك .

قال في مفتاح الكرامة : أما انه لايضمن فيما لو فتح باباً على مال فسرق، فقد صرح به في النافع والتذكرة والتحرير و الارشاد والتبصرة والدروس وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان والكفاية ، ثم قال : ووجهه انه لم

---

(١) الوسائل : ج ١١ ص ٤٠١ الباب ٢ من أبواب الأمر والنهي ح ٥ .

(٢) المستدرك : ج ٣ ص ٢٧٣ الباب ٣٤ من أبواب موجبات الضمان ح ٤ .

(٣) المستدرك : ج ٣ ص ٢٧٣ الباب ٣٤ من أبواب موجبات الضمان ح ٦ .

يوجد منه اثبات اليد على مال ولا مباشرة اتلاف ولا سبب يمكن تعليق الضمان به.

أقول: مقتضى القاعدة الضمان في تلك المسألتين، أي فتح الباب وازالة قيد العبد العاقل .

فعن الدروس : ولو فتح باباً على عبد محبوس فذهب في الحال ضمنه عند الشيخ ، ونقل عن كل العامة عدم الضمان ، ولافرق بين كونه عاقلا أو مجنوناً ، آبقاً أو غير آبق ، بالغاً أو صبياً ـ انتهى .

و عن العلامة في التذكرة : قيد العبد المذكور بما اذا لم يكن آبقاً ، فاذا كان آبقاً كان في الضمان اشكال .

وعن جامع المقاصد والكفاية التقييد بما اذا لم يكن آبقاً ، ولم يذكر الاشكال الذي ذكره التذكرة .

وعن الرياض، عن خاله الاستاذ الشيخ محمد باقر (رضي الله تعالى عنهما) انه قال بالضمان ، أو مال اليه في مسألة فتح الباب ، لان قوة المباشر لاترفع الضمان عن السبب بعد وجود مايقتضي ضمانه أيضاً وهو نفي الضرر والاضرار، فلايمتنع الحكم بضمانهما معاً فيتخير المالك في الرجوع على أيهما شاء ، كما هو الشأن في الايدي المترتبة على الغصب .

ثم قال الرياض: لولا الاجماع الظاهر المعتضد بالاصل لكان القول بالضمان في غاية القوة .

والظاهر لزوم القول بالضمان بعد ان لم يكن اجماع محقق في المسألة.

ولو فرض وجود الاجماع لكان محتمل الاستناد ، كما ظهر منهم من استنادهم الى الاصل ونحوه ، وذلك لان العرف يرى كلا الشخصين سبباً ،

فيشمله : ﴿ من اعتدى ﴾[1] ﴿ وجزاء سيئة ﴾[2] وماأشبه ، بل يأتي هنا ملاك من دعى غيره الى داره فعقره كلبه ، لان الداعي والاتي كلاهما سبب ، وملاك ضمان الطبيب والبيطار، فان كل واحد من المريض الشارب والطبيب والمباشر للمريض المستعمل للدواء سبب عرفاً .

وفي الجواهر بين وجه اشكال التذكرة بقوله : من حيث استناد فعله اليه، فكان مباشراً ومباشرته معتبرة لانه عاقل، ومن حيث ان المالك قد أعتمد ضبطه فاطلاقه اتلاف عليه فكان كحل المجنون والدابة ، فلاشك في صدق السببية، وليس هناك مباشر يمكن أخذ الحق منه ، وكونه قادراً على التحفظ مع عدمه لاينفع ، وهذا أقوى لمكان التسبيب ، كما يأتي في غصب الحر مع صدق التصرف في أموال الغير ولانه بهذه العادة قد أشبه الدابة ونحوها ، ثم قال : وفيه انه مناف لقاعدة تقديم المباشر على السبب .

أقول: ماذكره من المنافاة غير ظاهر الوجه، اذ تقديم المباشر على السبب ليس نصاً ، وانما مستفاد من الادلة ، وقد عرفت ان مقتضاها ضمان كليهما كما ذكره الرياض وخاله، ولذا قال الجواهر أخيراً وقد يستأنس للضمان بما ورد من الضمان باطلاق الغريم ، والظاهر انه أشار بذلك الى ماروواه حريز ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : سألته عن رجل قتل رجلا عمداً فوقع الى الوالي، فدفعه الوالي الى أولياء المقتول ليقتلوه ، فوثب عليهم قوم فخلصوا القاتل من أيدي الاولياء ؟ قال عليه السلام : أرى أن يحبس الذي خلص القاتل من أيدي

---

(١) سورة البقرة : آية / ١٩٤ .

(٢) سورة الشورى : آية / ٤٠ .

الاولياء ، حتى يأتوا بالقاتل ، قيل : فان مات القاتل وهم في السجن ؟ قال : وان مات القاتل فعليهم الدية ، يؤدونها جميعاً الى أولياء المقتول(١).

بل وربما يؤيده أيضاً ماورد: من ان الامام أميرالمؤمنين عليه السلام طلب انساناً كان قدفعل فعل حراماً، ولما جاء بعض شرطة الامام بذلك الانسان أطلقه شخص آخر(٢) حيث ان الامام أراد عقوبة الذي أطلقه لولا انه درها بحسنة .

بل ربما يستأنس له أيضاً بما ورد في حكم من مضى ليغيث مستغيثاً فجنى في طريقه(٣) وان الجناية على المستغيث كما ذكره الوسائل في [كتاب الديات] فتأمل .

قال في الشرائع :وكذا لو دل السارق أي لاضمان .

أقول : قد اختلفوا في ذلك ، فظاهر المشهور انه لاضمان، وفي مفتاح الكرامة : انه خيرة النافع والتذكرة والدروس وغاية المراد وجامع المقاصد والمسالك، وفي الكفاية : انه المشهور ، وفي المسالك انه ظاهر الاصحاب .

لكن عن الارشاد انه يضمن، وعن المقدس الاردبيلي انه قال : بالضمان أومال اليه، وفي التحرير : استشكل في عدم الضمان ، ثم قال : الكل قد عولوا على الشهيد، وقد عرفت ان المصرح بالعدم قبله اثنان لاثالث لهما، بل أحدهما في أحد أقواله .

نعم قد يظهر ذلك من فخر الاسلام فكان قول الاستاذ بالضمان في هذه

---

(١) الوسائل : ج ١٩ ص ٣٤ الباب ١٦ من أبواب قصاص النفس ح ١ .
(٢) الوسائل : ج ١٩ ص ٣٥ الباب ١٧ من أبواب قصاص النفس ح ٢ .
(٣) الوسائل : ج ١٩ ص ١٩٧ و ١٩٨ الباب ٢٨ من أبواب موجبات الضمان ح ١ .

الصورة، كما في الارشاد غير مخالف للاجماع ، كما استظهره ابن اخته ولو كان الحكم بالعدم اجماعياً لجزم به في الدروس و ما قال على الاقوى ، الى آخر كلامه .

و في الجواهر : ان قاعدة تقديم المباشر على السبب المعلومة عندهم تقتضي كون الضمان على السارق، لكن فيه ما عرفت من انه لادليل بهذا اللفظ، وانما الادلة الايات والروايات التي اصطيدت منها هذه القاعدة، فالمرجع هي، لاالقاعدة المصطيدة، و لافرق في قوله سبحانه : ﴿ و جزاء سيئة ﴾[1] ﴿ و من اعتدى ﴾[2] والروايات المتقدمة بين نفس السارق، وبين من دل السارق، وأولى منه لودل السبع على انسان فافترسه ، أودل السلطان على ذي مال فاغتصبه أو ما أشبه ذلك ، فان مقتضى القاعدة الضمان في الكل، وان المالك مخير في الرجوع الى السارق أو الدال والسلطان أو الدال، الى غير ذلك من الامثلة .

نعم لودل انساناً على امرأة عفيفة فزنى بها ، لم يكن على الدال المهر ، لاصالة العدم بعد كون الادلة تدل على ان المهر على الواطي لانتهاكه البضع، ومثله مالوخدع انساناً فأتى به الى سارق، أو الى غاصب، أو الى سبع أو ما أشبه، حيث ان الادلة العامة و الملاك في الروايات المتقدمة يشمل كلتا طرفي المسألة، وكذلك الحال اذا خدع انساناً بأن البحر غير عميق فدخل فيه وهو لايعرف السباحة فغرق ، أو خدعه بأن المكان خال عن الاسد والسبع واللص فدخله فافترسه الاسد، أو قتله قاتل ، أو سرق ماله السارق، فان في كل هذه

---

(١) سورة الشورى : آية / ٤ .

(٢) سورة البقرة : آية / ١٩٤ .

الصور مقتضى القاعدة الضمان ، بل يشمله أيضاً دليل الغرور على ما تقدم فتأمل .

وفي المسالك بعد مسألة دلالة السراق قال : و لااشكال في ضمانه لو كان مستأمناً على المال، فانه يضمن من حيث التفريط فيه ، و ان تخير المالك في الرجوع عليه وعلى المباشر، وهو كما ذكره .

قال في الشرائع : و لو أزال وكاء الظرف فسال ما فيه ضمن اذا لم يكن يحبسه الا الوكاء، وكذا لوسال منه ما الانالارض تحته فاندفع ما فيه ضمن، لان فعله سبب مستقل بالاتلاف .

أما لو فتح رأس الطرف فقلبته الريح أو ذاب بالشمس ففي الضمان تردد، ولعل الاشبه انه لايضمن ، لان الريح و الشمس كالمباشر فيبطل حكم السبب - انتهى .

قال في الجواهر : في المسألة الاولى بلاخلاف ، كما عن المبسوط و السرائر، بل و لااشكال مع فرض كونه مطروحاً على الارض ضرورة كونه مباشراً للاتلاف أو بحكمه .

أقول : لاحاجة الى فرض كونه مطروحاً على الارض، اذ انه مباشر للاتلاف، أو بحكمه في كلتا الصورتين، وكذلك الحال فيما لو ازال وكاء الظرف فتبخر ما فيه كما في بعض الاشياء التي تتبخر بازالة الوكاء كالغاز و نحوه .

وقال في الجواهرفي المسألة الثانية : فيما لو الانالارض تحته، بلاخلاف أجده فيه بين من تعرض له، لان فعله سبب مستقل بالاتلاف، اذالسقوط بالميلان الناشيء من الابتلال الناشيء من الفتح ، وهو مما قد يقصد به ذلك : و لعله

بمعونة فتوى الاصحاب ملحق بالمستفاد من النصوص السابقة أو يندرج فيها.

أقول : قدعرفت ان اطلاقات الادلةوملاكاتهاتشمل مثل ذلك أيضاً،فلاحاجة الى معونة فتوى الاصحاب كما ذكره .

قال في القواعد : ولو فتح رأس زق فقلبته الريح الحادثة وسقط، أوذاب بالشمس ففي الضمان اشكال ينشأ من ضعف المباشر ، و من انه لايقصد بفتح الزق تحصل الهبوب .

وقال في مفتاح الكرامة : قد استشكل أيضاً في الارشاد والتحرير، و في الكفاية أنه أقرب في صورة انقلابه بالريح، ولاترجيح فيها في صورة اذابة الشمس ، و فصل في المبسوط فحكم بعدم الضمان بحدوث الريح و قلبه له نافياً عنه كابن زهرة في الغنية الخلاف وبالضمان في اشراق الشمس عليه، الى آخر كلامه .

وعن التذكرة في الفرق بين الهبوب والشمس قائلا : لانها مما يعلم طلوعها فيكون الفاتح له معرضاً ما فيه للشمس ، بخلاف هبوب الريح الذي هو غير منتظر ولامتوقع ، فالهلاك حينئذ لم يحصل بفعله ، وليس فعله مما يقصد به تحصيل ذلك العارض ، ففعله غير ملجىء والامر الحادث مباشر فلم يتعلق الضمان بفعله ، فكان كما لو فتح الحرز فسرق غيره أو دل سارقاً فسرق - انتهى .

وأنت خبير بأن مقتضى القاعدة الضمان في كلا المكانين ، لان هذا هو السبب الذي يشمله : ﴿ من اعتدى ﴾(١) سواء قصد ، أو لم يقصد ، اذ قد تقدم

(١) سورة البقرة : آية / ١٩٤ .

في أول الغصب ان الاعتبار ليس بالقصد ، وانما باسناد الفعل اليه ، فـان كان قاصداً فعل حراماً ، بالاضافة الى ذلك وان لم يكن قاصداً كان عليه الضمان ، اذ الضمان حكم وضعي تابع لاسناد التلف اليه .

ولا اشكال في اسناد التلف عرفاً ، ولذا كان المحكي عن الفخر فى شرح الارشاد وغاية المراد والدروس وجـامع المقاصد وتعليق الارشاد والمسالك الحكم بالضمان ، لان فعله سبب تلفه .

ومنه يعلم، ان انتصار الجواهر للشرائع بقوله: للشك في السببية المزبورة شرعاً على وجه يترتب عليها الضمان، خصوصاً بعد عدم تعارف قصد الاتلاف بالفتح بتوقع الهبوب والاصل البرائة ، الى ان قال : لان المدار على السبب الشرعي المستفاد مـن النصوص المزبورة ، أو ما يلحق به باجماع ونحوه ، والمقام ليس كذلك خصوصاً في مثل حدوث الريح الذي جزم بعدم الضمان فيه في محكى المبسوط ، الى آخر كلامه محل اشكال لوضوح انه لولا الفتح لما ضاع ما فيه .

ولذا يسند العرف ذلك اليه، وما ذكره التذكرة من الفرق غير ظاهر الوجه اذ التوقع وعدم التوقع وما أشبه لامدخلية لها في الضمان وعدمه ، بعد كون الضمان بسبب صدق من أتلف عليه ، فانه متلف لما في الزق ونحوه .

ولذا قال في المسالك : والوجه الضمان في الجميع .

ثم قال المسالك : ويأتي الوجهان فيما اذا أزال أوراق الكرم وجرد عنها عنقودها للشمس حتى أفسدتها، ولو فرض في الجامد مجيء آخر فقرب منه ناراً حتى ضاع وذاب ، فوجهان أحدهما انه لاضمان على أحدهما .

أما الاول : فلان مجرد الفتح لايقتضي الضمان .

وأما الثاني : فلانه لم يتصرف في الظرف ، ولافي المظروف واظهرهما وجود الضمان على الثاني، لان تقريب النار منه تصرف فيه بالتضييع والاتلاف ـ انتهى .

لكن اللازم القول بضمانهما، فهو مثل مسألة من حفر بئراً ووضع الاخر حجر عثرة قرب حافة البئر، الى غير ذلك من الامثلة .وقد تقدم في تلك المسألة ضمانهما ، فانه لولا الفتح لم يضع، ولولا تقريب النار لم يضع، وانما ضاع بسبب الامرين .

ومنه يظهر وجه قول المسالك بعد ذلك: والوجهان جاريان فيما اذا كان رأس الزق مفتوحاً فجاء انسان فقرب منه النار ، والاصح هنا ضمان المقرب أيضاً ، ولو حل رباط سفينة فغرقت بالحل ضمن كمسألة الظرف ، فان غرقت بسبب حادث من هبوب الريح أو غيره ، فالوجهان .

أقول : الوجه في الجميع الضمان ،كما عرفت ، ومثله مالوفتح أحدهما رباط السفينة وجاء آخر فدفعها الى وسط البحر مما سبب الغرق ، فان كليهما ضامنان لاشتراكهما في المسبب، وكذا ضمانهما لو فرض ان أحدهما فتح رأس الزق وجاء آخر فاسقطه .

وفي الجواهر : ولو فرض مجيء انسان فاسقطه فلا شبهة في كون الضمان عليه ، لانه مباشر أو كالمباشر في القوة من الاول ، بل الظاهر ضمان الاخير فيما لوفتح رأسه وأخذ ما فيه في الخروج ثم جاء آخر ونكسه ، وان احتمل اشتراكهما في ضمان الخارج بعد النكس ، الا ان الاول أصح ضرورة كون

الثاني المباشر او بحكمه ـ انتهى .

وفيه: ان مقتضى القاعدة الاشتراك، لان كل واحد جزء سبب ، فلولافتح الاول لم يرق ،كما انه لولا اسقاط الثاني له وتنكيسه لم يرق أيضاً ، ولو قال انسان لاخر: ان ما في الزق جامد ففتح رأسه فأريق ما فيه ، كان الضمان على الغار لما عرفت في مسألة الغرور .

ولـو وضع أحدهما الشوك في طريقه فدعاه آخر فانجرحت رجله ومـا اشبه ضمن أيضاً ، لان كليهما سبب لهذا المسبب ولا اولوية .

وكذلك الحال لو جاء أحدهما بكلبه العقور ودعاه آخر ، فـان كليهما سبب ، اذ لو لا الكلب لم يعقر ، ولو لا الدعوة لم يعقر ، الى غير ذلك مـن الامثلة .

والحاصل: ان المعيار رؤية العرف السببية ، وشمول من أتلف ﴿وجزاء سيئة﴾[1] ﴿ومن اعتدى ﴾[2] وما أشبه من الادلة السابقة .

نعم ، لو شك في مورد في الضمان كان الاصل عدم الضمان .

ولذا قال في الجواهر بعدم الضمان : فيما اذا لم يعلم أصل كون التلف بـه ، كما لو وجد دابة مثلا ميتة في البئر المحفورة عـدواناً ، ولـم يعلم انها ماتت في الخارج ثم رميت به أو بترديها به ، أما لو علم مدخليته فـي التلف ولكن لم يعلم مباشرة غيره معه على وجه يرتفع الضمان معها ، فقد يتوهم الحكم بضمان ذي السبب حينئذ لاصالة عدم الغير، لكن لايخفى عليك انه من الاصول

---

(١) سورة الشورى : آية / ٤ .

(٢) سورة البقرة : آية / ١٩٤ .

المثبتة بعد ماعرفت من ظهور النصوص في اعتبار كون العطب به خاصة الضمان فلاحظ ـ انتهى .

لكن ربمايقال : انهاذا كان سبباً كاملا ، كان اللازم ان يكون عليه الضمان لان احتمال وجود سبب آخر حتى يسبب تنصيف السبب على معلوم السببية الاصل عدمه ، فهو كما اذا علمنا ان زيداً رمى المقتول بسهم والسهم يقتله اذا كان وحده، ثم شككنا في انه هل هو الرامي وحده ، أو كان معه غيره ؟فان كون سبب آخر أيضاً الاصل عدمه ، فمقتضى القاعدة ضمان السبب المعلوم .

وكذا اذا أعطاه الطبيب دواءاً فمات، وعلمنا بأنه مستند الى الدواء في الجملة، لكن لم نعلم هل انه مستند الى الدواء في الجملة ، أو انه مستند الى الدواء كلية ؟ بأن احتملنا ان يكون هناك سبب آخر غير الدواء اشترك مع الدواء في قتل هذا الانسان ؟ فان مقتضى القاعدة أن يكون الضمان على الطبيب .

وكذلك اذا شهد شاهدان عند الحاكم بالسرقة فقطع يده ، ثم شككنا في أنه هل كان هناك أربعة شهود حتى تـوزع الدية بين الجميع، أو كان هنالك شاهدان فقط ؟ فان مقتضى القاعدة تضمين الشاهدين فقط، لاصالة عدم شاهدين آخرين يستند الحكم اليهما ، وليس ذلك من الاصل المثبت، بل من التمسك باطلاق دليل السببية التي لم يعلم مشاركة غيرها معها فتأمل .

وكذلك الحال اذا أعطاه دوائاً مهلكاً ثم مات،وشككنا في أنه هل مات بهذا الدواء المهلك ،أومات بسكتة قلبية مثلا ؟فان مقتضى القاعدة ضمان معطي الدواء .

وكذلك اذا رماه بسهم فلم نعلم هل انه مات بهذا السهم؟ أومات بالسكتة القلبية مصادفة لاطلاق السهم ؟ الى غير ذلك من الامثلة .

(مسألة ـ ١٦ ـ) قال في الشرائع : ومن الاسباب (أي الاسباب الموجبة للضمان على نحو ضمان الغصب) القبض بالعقد الفاسد ـ انتهى .

وذلك كعقد البيع ونحوه من العقود الموجبة لانتقال الضمان الى القابض.

وفي مفتاح الكرامة : كما هو المعروف من مذهب الاصحاب كما في الكفاية .

وفي المسالك : انه موضع وفاق ، وبالضمان صرح في المقام التذكرة والتحرير والارشاد والدروس وجامع المقاصد.

وفي الجواهر : بلاخلاف أجده فيه .

أقول : نعم عن المقدس الاردبيلي التأمل في ذلك قال: لان دليله القاعدة المشهورة ، وهي ان كل ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده وبالعكس، وقال: ان ذلك غير واضح ، وكذا على اليد ماأخذت .

أقول : أما قاعدة مايضمن ، حيث انها قاعدة مصطيدة يجب أن نرجع الى مدركها ، وحيث ان الكلام في هذه القاعدة ، وفي عكسها محله كتاب البيع كما ذكره الجواهر والمكاسب للشيخ الانصاري وغيرهما، فلندع الكلام فيها الى هناك .

وأما الادلة الاخر التي استدل بها لهذا الحكم، فهي كافية لقول المشهور مثل على اليد ماأخذت[١]، ومن أتلف مال الغير فهو له ضامن[٢]، ومثل الرواية المروية متواتراً ، واحترام ماله كاحترام دمه[٣].

---

(١) المستدرك : ج ٢ ص ٥٠٤ من كتاب العارية ح ١٢ .

(٢) الوسائل : ج ١٨ ص ٢٣٨ من كتاب العارية ح ٢ .

(٣) الوسائل : ج ١٩ ص ١٠ من كتاب القصاص في النفس ح ٣ .

وقد قربه المحقق الرشتي بقوله : ان بناء المعاوضة على اقدام المتعاقدين على ادخال العوضين في ضمانهما ، فالبائع مقدم على ادخال الثمن في ضمانه والمشتري على ادخال المبيع ، فلم يتحقق مايرفع قاعدة احترام مال المسلم مع فساد العقد في الواقع ، فالاستناد الى الاقدام يرجع حقيقة الى الاستدلال بقاعدة الاحترام مع رفع توهم تراضيهما على عدمها ، فان القبض بالعقد الفاسد ولومع العلم لايندرج تحت الايادي المرفوع عنها الضمان، لان رفع الضمان أما يحصل باذن الشارع وعدمه معلوم في المقام .

وأما من المالك فكذلك ، وتوهم ان الاقباض مع العلم بأنه لايسلم له العوض تسليط على ماله مجاناً ، واليد المتفرعة على مثل هذا ليست ضامنة ، جوابه انه ان اريد بأن العلم بعدم سلامةالعوض شرعاً رضى منه بخروج المال عن كيسه مجاناً .

ففيه : منع واضح ، وان اريد به مالاينافي كون التسليم مبنياً على دخول المال في ضمان المتسلم، فلا يؤثر في دفع الضمان ، فان دفع المال الى الغير بعوض ليس تسليطاً عليه مجاناً ولوكان العوض غير ثابت في الشرع مع علم الدافع .

فلم يحصل مايرفع حكم اليد ، واحترام مال المسلم ـ انتهى ملخصاً .

بل يمكن ان يستدل لذلك بمفهوم صحيح زرارة قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام ، عن وديعة الذهب والفضة ؟ قال : فقال : كل ماكان من وديعة ولم تكن مضمونة لم تلزم .

فان مفهومها انها اذا كانت مضمونة فهي لازمة ، والمقام مضمونة ، سواء علما أوجهلا ، أوعلم أحدهما دون الاخر .

ومنه يعلم ، ان قول الجواهر: بأنه يمكن الجزم بأن القاعدة وجه الاجماع غير ظاهر الوجه .

ثم لا يخفى ان مرادهم ماكان العقد فاسداً ، لا ما اذا كان ركنا العقد غير صالح للملكية كالخمر والخنزير وما أشبهه ، اذ مثل ذلك ليس قابلا للملك بالنسبة الى المسلم حتى يتكلم حوله ، فلا ضمان قطعاً ، وحيث قد ذكرنا مكرراً مسألة مالو كان الطرفان مسلمين أوكافرين ، أو أحدهما مسلماً، والاخر كافراً في متفرق الابواب ، فلا داعي الى تكرارها هنا .

ثم قال الشرائع : والقبض بالسوم ، فان القابض يضمن .

وفي الجواهر عند الاكثر، بل المشهور كما في المسالك وغيرها، خلافاً للمحكى عن موضع من السرائر والمختلف والايضاح ومجمع البرهان ، بل في المسالك والكفاية وهو متجه للاصل بعد كون القبض المزبور باذن المالك فيكون أمانة كالوديعة ، وقد ذكر ذلك في مفتاح الكرامة أيضاً .

وقال في القواعد : في الضمان بالسوم اشكال، وعلق عليه المفتاح بقوله: ينشأ من انه باذن المالك ، فيكون امانة كالوديعة والاصل البرائة ، ومن ان الاذن لاتقتضي الامانة ، مع عموم قوله ﷺ : على اليد ماأخذت حتى تؤدى[1] وقد قبض لمصلحة نفسه .

وكيف كان ، فالاقرب هو المشهور ، لقاعدة اليد، وقاعدة من أتلف مال الغير[2]، ومفهوم الرواية السابقة .

---

(١) المستدرك : ج ٢ ص ٥٠٤ الباب ١ من أبواب العارية ح ١٢ .

(٢) الوسائل : ج ١٨ ص ٢٣٩ الباب ١١ من كتاب الشهادات ح ٢ .

أما استدلال غير المشهور بأنه بأذن المالك ، فيكون امانة كالوديعة، فيرد عليه انه لم يكن بأذن المالك بدون ضمان ، بل باذنه بضمان .

ولذا قال في الجواهر في رده : وفيه منع اقتضاء ذلك عدم الضمان حتى في مثل الفرض، خصوصاً بعد الشهرة على الضمان فيه، بل ربما أرسلوه ارسال المسلمات، بل المحكى عن كثير حتى المختلف والايضاح والمسالك ومجمع البرهان التصريح بالضمـان فيما اذا دفع البائع لعبد كلي موصـوف عبدين للمشتري ليتخير ، فابق أحدهما الحاقاً له بالمقبوض بالسوم ان لم يكن منه ـ انتهى .

وقد أخذ ذلك من مفتاح الكرامة .

وبذلك يظهر وجه النظر في تقريب المحقق الرشتي عدم الضمان، حيث قال: ان عدم الضمان لايخلو عن قوة ، لان أدلة الائتمان الواقع للضمان شاملة لمثل المقام وضعاً، اذ ليس معناه قول القائل جعلناك أميناً أو وكيلا أو ماأشبه، بل معناه أخذ الشخص أميناً مأموناً ، والاعتماد عليه ، وان لم يكن في ضمـن عنوان من العقود الاذنية ، ولذا رده (ره) بنفسه بعد ذلك بقوله : اللهم الا أن يدعي اختصاصها في المتصرف بغير الاستيمان المتوقع معه المعاوضة ، نظراً الى كونه في حكم الاذن بعد حصول المعاوضة ـ انتهى .

نعم، لااشكال ولاخلاف في الضمان فيما اذا كان المأخوذ بالسوم قد تعدى فيه المشتري أو فرط على كل حال ، كما انه لااشكال في عدم الضمان ، فيما اذا قبضه في السوم بان لايكون فيـه ضمان اذ أتلف مثلا، فانه لاضمان لانتهاك المالك احترام ماله لقبوله قول الشارط ، فلايشمله قوله : احترام ماله كاحترام

دمه ، ولاعلى اليد ، ولامن أتلف ، ولاغير ذلك من الادلة العامة .

ثم المراد بالسوم : الشراء ، تشبيهاً له بالسوم في الغنم السلئمة لمشابهة تأمل المشتري ونظره وتفكره في وجوه خسران الشراء ومنافعه بحركة الدابة شيئاً فشيئاً على وجه التأني والبطوء في تحصيل الرزق والعلوفة ، ولذا يطلق الى النظر السوم .

قال الشاعر :

ولقد نهزت مع الغواة بدلوهم　　　واسمت سرح اللحظ حيث أساموا
و بلغت مابلغ امرء بشبابه　　　فاذا عصارة كلّ ذاك آثام

والباء فيه بمعنى اللام للغاية ، أو للسببية ، كقولك : المقبوض بالبيع ، وبالصلح ونحوه تنزيلا للشراء المتوقع بمنزلة المحقق .

وكيف كان ، فقد قال في الجواهر تبعاً لغيره وتبعه غيره .

ومنه يعلم ، عدم اختصاص الحكم بالمقبوض للشراء المعبّر عنه بالسوم، بل المراد منه الاعم من ذلك ، وهو كل مقبوض ليكون مضموناً عليه حينئذ فيندرج فيه قبض المرأة المال ليكون مهراً ، والرجل ليكون عوض خلع ، ونحو ذلك لاتحاد المدرك في الجميع ـ انتهى .

وهو كما ذكره ، لان الادلة السابقة كلها آت في أمثال ذلك كله .

قال في الشرائع : وكذا استيفاء المنفعة بالاجارة الفاسدة سبب لضمان المثل.

أقول : وذلك للادلة المتقدمة ، كعلى اليد ، ومن أتلف ، واحترام ماله ، وغير ذلك ، بل يشمله قاعدة مايضمن بصحيحه يضمن بفاسده ، وان كان قد عرفت الاشكال فيها في المسألة السابقة من جهة عدم كونها دليلا مستقلا ، الا ّ

أن يدعي الاجماع على ذلك ، كما ادعوه، ولم يعلم استنادهم فيها الى الادلة المذكورة .

وقد نقل مفتاح الكرامة الضمان في استيفاء المنفعة بالاجارة الفاسدة، عن الارشاد والتذكرة و التحرير وجامع المقاصد و المسالك و مجمع البرهان والارشاد والدروس ، ثم قال : بأجرة مثلها كما في الستة الاول، ولعله المراد من الاخيرين ، ويحتمل أن يكون أرادا أقل الامرين من هذا ومن المسمى .

ولذا قال في الجواهر: أو الاقل من اجرة المثل ومن المسمى بلاخلاف أجده فيه ـ انتهى .

لكن من المحتمل لزوم اجرة المسمى مطلقاً، سواء كانت أقل أوأكثر أو مساوياً ، حيث ان الاجارة لما فسدت كان اللازم بدليل على اليد، ومن أتلف، واصالة احترام مال المسلم، وغيرها الشيء المقابل له واقعاً، وحيث قد ذكرنا المسألة في [كتاب الاجارة] فلا داعي الى تكرارها .

وقد ظهر بذلك ، ان استيفاء المنفعة الموجب للضمان لايختص بالاجارة الفاسدة ، بل حال غيرها في ذلك حالها ، كما اذا استوفت منفعة المهر في النكاح الفاسد، ومنفعة عوض الخلع الفاسد، ومنفعة الشيء في الصلح الفاسد، الى غير ذلك ، لوحدة الملاك في الجميع .

والى ذلك أشار المحقق الرشتي بقوله : ليس في عنوان شيء من الادلة خصوص القبض بالسوم، بل هو مذكور في كلامهم مثالا للقاعدة، وهي كل قبض مرجو معه المعاوضة أو شبهها ـ انتهى .

بل ينبغي أن يكون الامر كذلك، فيما اذا سكن وقفاً ليس له سكناه، سواء

كان تحريراً كالمسجد اذا سكنه بعنوان الدار و الدكان وما أشبه، أو وقفاً ذرياً أووقفاً خاصاً كالحسينية والمدرسة والمكتبة وما أشبه، فان اللازم ان يعطي قدر ايجارهـا .

ثم لايبعد ان لايكون للقبض مدخلية، بل الامر كالقبض، كما اذا أمر المشتري البائع ان يضع المتاع في مكان خاص فوضعه حسب أمره، وكذلك اذا أمره بأن يعطيه لطفل ، أو يرسلـه بيد حيوان أو آلـة ، أو يعطيه بيد خادمه ، أو ما أشبه فتلف، فانه ضامن لقاعدة احترام المال ، بل من أتلف يشمله أيضاً باعتبار السببية .

نعم، لايشمله اليدالا اذا كان استيلاء وقلنا بأن الاستيلاء أيضاً يد، كماتقدم بعض الكلام في ذلك .

(مسألة ـ١٧ـ) قال في الشرائع: يجب رد المغصوب مادام باقياً .

وقال في الجواهر: لاخلاف فيه بيننا، بل الاجماع بقسميه عليه ان لم يكن ضرورة من المذهب، مضافاً الى قوله عليه السلام في النصوص السابقة : كل مغصوب مردود .

أقول : الظاهران مراده بالمذهب الدين، لاالمذهب بالمعنى الاخص، اذ ضرورة الاسلام قائمة على وجوب رد المغصوب، و الظاهر ان عليه الادلة الاربعة، مثل قوله سبحانه : ﴿ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل﴾[1] فان عدم الرد معناه الاكل، فيشمله قوله تعالى اذ لايراد بالاكل خصوص التصرف، وانما منع المالك عن ماله ولو بقرينة المقام، الى غيرها من الايات .

وقد تقدمت جملة من الروايات في اول الكتاب، كما ان العقل أيضاً يدل على ذلك .

و كيف كان، ففي وجوب رد المغصوب أمران : تكليفي ، و وضعي ، و التكليفي لايشمل مثل الصغير والمجنون ومن أشبههما ، اذ لاتكليف عليه، ، و انما يكون التكليف متوجهاً الى وليه باعتبار كونه ولياً له .

نعم، الحكم الوضعي شامل لهما ، ودليل رفع القلم وما أشبه لايشملهما، حيث ان على اليد ما أخذت[2] ظاهره ان العين على الاخذ بنفسها أو بدلها ، و ذلك غير التكليف .

قال المحقق الرشتي في تقريب ذلك: ان كلمة على تدل على أمر وضعي يستتبع

---

(١) سورة النساء : آية / ٢٩ .

(٢) المستدرك : ج ٢ ص ٥٠٤ الباب ١ من كتاب العارية ح ١٢ .

أحكاما تكليفية على حسب اختلاف موارده في القابلية من التعليق والتنجيز، و تحقيق ذلك ان المولى اذا قال في عبده عليه فعل كذا، ونسبت كلمة على الى فعل من الافعال القابلة للتكليف دل على وجوبه، وطلب ايجاده ممن استجمع شرائط التكليف ، لان التعهد بالفعل ، و كون الفعل في العهدة الذي هو مدلول هذه الكلمة لامعنى له سوى التكليف كما لايخفى .

و اذا قال : عليه عين كذا ونحوه، مما يفيد التعهد بالعين، و كونها في عهدته عم المكلف الفعلي و الشأني و غيرهما ، الا ان أثره التنجيزي و هو التكليف مما اريد من هذا القول انما يلحق الجامع الشرائط ليس الا.

وأما أثره التعليقي المشروط بحصول شرائطه، فلا اختصاص له بأحد، لان صيرورة المال في العهدة ليس أمراً مختصاً بمحل قابل للتكليف الفعلي ، بل يقتضي بحسب قابلية المحل آثاراً مختلفة الكيفية تنجيزاً وتعليقاً ونحوهما من وجوه الاختلاف ـ انتهى.

لكن لايمكن القول بذلك مطلقاً، وانما يجب جمع الاعتبارات والشواهد أيضاً ولذا ذكرنا في [كتاب الخمس] انه لاخمس في مال الطفل على حسب الصناعة، وان كانت الاية المباركة تقول : ﴿وأعلموا انما غنمتم من شيء فان لله خمسه﴾[1] اذ العرف يرى الجمع بين هذا الدليل، ودليل رفع القلم، ان الثاني محكم على الاول .

نعم في مثل الغصب المناسبات العرفية تقتضي أن يكون الطفل والمجنون أيضاً اذا غصبا شيئاً ، كان اللازم في مالهما أو عليهما بعد التكليف والعقل أو

---

(١) سورة الأنفال : آية / ٤١ .

على وليهما الاداء ، كما اذا كسرا أو أتلفا شيئاً، أو قتلا أو جرحا انساناً ، أو ما أشبه ذلك ويؤيده ما ورد في [كتاب الديات] وغيره .

نعم عمد الصبي خطأ محكم على كون الدية في ماله أو مال المجنون، كما انه كذلك في التحكيم مادل على ان خطأ البالغ العاقل أيضاً على العاقلة ، لا على نفسه، ثم انه ان رد الصبي أو المجنون عين المغصوب، فلا اشكال في صحة الرد بمعنى ان المالك يتصرف في عينه التي ردها أحدهما .

أما اذا أرادا رد المثل أو القيمة، فلا حق للمالك في التصرف فيه، اذ لا حق لهما في تعيين ما في الذمة في شيء خارجي ، و انما اللازم أن يكون الولي هو الذي يرد .

نعم ، اذا لم يرد الولي راجع الحاكم الشرعي ، فاذا لم يمكن الحاكم الشرعي جاز الاخذ من باب التقاص .

أما الكافر اذا غصب ثم أسلم، ففي وجوب الرد مطلقاً، لقاعدة ان الغصب مردود، أو عدم وجوب الرد مطلقاً، لقاعدة جب الاسلام عما قبله، أو التفصيل بين بقاء العين فيجب الرد ، وبين عدم بقاء العين فلا يجب .

أما مع بقاء العين فلان العين مال الناس فالواجب ردها .

وأما مع تلف العين ، فلقاعدة الجب[١] المؤيدة بأن النبي ﷺ لم يأمر المشركين برد الاموال المنهوبة والمغصوبة، مع العلم انهم كانوا ينتهبون الاموال ويغتصبونها في زمان الجاهلية بكثرة كبيرة ، مضافاً الى ان المال ليس أهم

(١) بحار الأنوار : ج ٤ ص ٢٣٠ ـ كنز العرفان : ج ١ ص ١٦٦ ـ صحيح مسلم : ج ١ ص ١٩٢ .

من العرض والدم، ولم يأمر النبي صلى الله عليه وآله باعطاء المهر للاعراض المنتهكة بالقسر، ولاباعطاء الدية للدماء المراقة بغير حق .

لايقال: النبي لم يسترجع أيضاً داره الموجودة ، والتي غصبها بعض ثم أسلموا ،كما يدل على ذلك قوله صلى الله عليه وآله: (لما ذهب الى مكة ولم يسكن في داره وقالوا له لماذا لاتسكن في دارك) وهل أبقى فلان لنا داراً ؟ (١) .

لانه يقال: ان الظاهر ان هذا العمل كان استعطافاً لاحكماً شرعياً، وانه لاحق له في استرجاع داره ، أو التفصيل بين ما اذا كان في دينه الغصب صحيحاً فلاارجاع ، وما اذا لم يكن في دينه الغصب صحيحاً فارجاع .

أما الثاني : فلقاعدة الغصب مردود (٢) .

وأما الاول : فلقاعدة الزموهم بما التزموا به (٣) ، فان الملتزمات حتى بعد الاسلام باقية على الالتزام السابق ، بدليل ان أولاده مثلا أولاد حلال ، وان قتله للمسلم في الحرب لايوجب عليه دية وان معاملاته تبقى على ما كانت، الى غير ذلك من الامثلة .

ولعل من هذا الباب كان عدم استرجاع رسول الله صلى الله عليه وآله داره أو بعض التفاصيل الاخر المحتملة، وجوه ، ولايبعد أن يكون مقتضى الصناعة الارجاع مطلقاً ، الا ماعلم شمول دليل الجب و دليل الالزام له ، لانهما واردان على قاعدة الغصب كله مردود ، فاللازم أن يعرف قدر التقييد والتخصيص ، فاذا شك في الزيادة والنقيصة فيهما كان مقتضى القاعدة الرجوع الى العام والمطلق.

---

(١) سنن البيهقي : ج ٦ ص ٣٤ .

(٢) الوسائل : ج ٦ ص ٣٦٥ الباب ١ من الأنفال ح ٤ .

(٣) الوسائل : ج ١٧ ص ٤٨٥ الباب ٤ من أبواب ميراث الأخوة والأخوات ح ٢ و ٥ .

ومنه يعرف الحال ، في مسألة استبصار المخالف ، حيث كان غاصباً ثم استبصر ، فان مقتضى القاعدة لزوم رده كل مغصوب الا ماشمله دليل الالزام ونحوه، ويؤيد لزوم الرجوع في الكافر والمخالف ان الكفار وكل فرق المسلمين محكومون بالفروع نصاً واجماعاً، فاذا كان مقتضى الحكم الشرعي شيئاً لزم عليه العمل ، سواء في حال كفره أو حال اسلامه ، و حال خلافه ، أو حال استبصاره ، وانـّما اللازم ملاحظة القدر المخرج بالنص أو بالاجماع أو ما أشبههما ، ففي كل مورد يشك في دخوله في الاستثناء محكوم عليه بحكم المستثنى منه ، وليس ذلك من باب التمسك بالعام في الشبهة المصداقية كما هو واضح ، بل من باب التمسك بالعام في غير القدر المخرج بنص أو ظاهر أو ماأشبه .

و كيف كان ، فلتنقيح المسئلة فيهما موضع آخر ، بل قد احتملنا في [كتاب الشهادات] ان تغير الحكم من الباطل الى الحق يوجب جب ماقبله ، كما ان الاسلام يجبّ ماقبله وذلك لما رواه الشيخ بأسناده الى العباس بن هلال ، عن أبي‌الحسن الرضا عليه السلام ذكر انه لو أفضى اليه الحكم لاقرّ الناس على ما في أيديهم ، ولم ينظر في شيء الا بما حدث في سلطانه ، وذكر انّ النبي صلى الله عليه وآله لم ينظر في حدث أحدثوه وهم مشركون، وان من أسلم أقره على ما في يده(١).

لكنني لم أر من تعرض له من الفقهاء، وان كان مقتضى التعقل في الاسلام

---

(١) الوسائل : ج ١٨ ص ٢١٤ الباب ٢٥ من كيفية الحكم ح ١ .

أن يكون للحاكم الاسلامي المسلط على بلاد المسلمين أن يراعي ذلك مهما أمكن بما لايوجب ضرراً على الاسلام أو المسلمين .

بل ربما يؤيده في الجملة الرواية المروية عن حفص بن رياض، عن أبي عبدالله عليه السلام، حيث قال أبوعبدالله عليه السلام: لو لم يجز هذا لم يقم للمسلمين سوق (١) مما يفهم منه الملاك والمناط في الجملة .

ثمّ لايبعد أن يكون الرد الموجود في النص والفتوى منصرفاً الى الرد بعنوان انّه المغصوب ، لابعنوان انه ملك جديد ، اذ ذلك لايسمى رداً عرفاً ، ولو من جهة الانصراف .

فلو غصب من انسان ديناراً ثم اعطاه له بعنوان الهدية ، أو غصب من انسان ارزاً ، ثم أطعمه اياه بعنوان الضيافة لم يكن ذلك مبرءاً للذمة ، بل اللازم ان يرده عليه بعنوان انه رد مغصوب أو رد ما هو ملكه، مثلا : سرق من انسان شيئاً ، ثم لايريد أن يقول له : انه سرقه منه فيعطيه باعتبار انه يطلبه منه ، الى غير ذلك من الامثلة .

ولو لم يستعد المغصوب من أخذه توصل الى اعطائه له بكل صورة وقد ذكرنا في [كتاب الديات] قول الامام السجاد عليه السلام للزهرى : ان يجعل الدية صرراً ويلقى بها في دارذوى المقتول في أوقات الصلاة (٢).

وكيف كان، فقد قال المحقق الرشتي في أصل المسألة : المراد بالرد ليس الرد الى المالك ، بل الى ما يعمه ، والحالات الواقعة عليها الغصب .

---

(١) الوسائل : ج ١٨ ص ٢١٥ الباب ٢٥ من أبواب كيفية الحكم ح ٢ .

(٢) الوسائل : ج ٦ ص ٢٨٠ الباب ١٤ من أبواب الصدقة ح ٧ .

وحاصله اتحاد كيفية حال الغصب ، وحال الرد من جميع الجهاد المالية والملكية ونحوهما مما يتعلق به غرض الملاك ، والدليل على ذلك هو الدليل على وجوب أصل الرد، أعني رفع الظلم المدلول عليه بالادلة الاربعة ، ويتفرع على ذلك عدم كفاية الضيافة والهبة في الخروج عن العهدة .

أما الاول : فواضح ، لان مال الضيافة أشبه شيء بالعارية ، والضيف غير مسلط عليه سلطنة تامة نحو سلطنته على ماله المعلوم ، فقبضه له كعدم القبض فلا يحصل به برائة الذمة .

وأما الثاني : فلان المتهب ، وان كان مسلطاً على العين الموهوبة سلطنة كاملة، الا ان جهله بفساد الهبة وان العين ملكه وماله المغصوب ، واعتقاد كونه ملكاً جديداً زائداً على أمواله ، ربما يوجب نقصاً في محافظته ومراعاته ومماكسته التي يراعيها في سائر أمواله العتيقة ،وهذه كيفية مغايرة لكيفية حال الغصب التي كانت مقرونة بكمال الحفظ والرعاية ـ انتهى .

ومنه يعلم ان اشكاله بعد ذلك فيما ذكر بقوله : وفيه نظر ، لكن الحكم بالخروج عن العهدة بالهبة ونحوها من التمليكات المجانية أيضاً لايخلو عن اشكال ، وان كان الاقوى الخروج ، خصوصاً ، مع ملاحظة القول والروايات بأن الزكاة والخمس والفطرة ونحوها من الحقوق المالية لايجب فيها الاعلان، وما ورد أيضاً في المديون بأنه اذا دفع عليه بعنوان العطية والسوقات احتسب به وبرء ذمته ، لو لم نقل بامكان الفرق بين أداء المغصوب وأداء غيره ، وان كان عيناً أو ديناً لزم الاداء كما يظهر للمتأمل ـ انتهى ، محل نظر .

اذ بالنسبة الى الزكاة المولى الحقيقي أجاز ذلك ، والخمس والزكاة متبادلان كما يستفاد من بعض الروايات ان الخمس جعل بدلا من الزكاة والفطرة

أيضاً المشهور انه زكاة، ولهذا حكموا عليه باحكام الزكاة، فلايقاس مانحن فيه مما لااجازة من المالك بما اجازة فيه من المالك الحقيقي .

فقدروي أبوبصير قال: قلت لابي‌جعفر عليه‌السلام: الرجل من أصحابنا يستحيي أن يأخذ من الزكاة فيعطيه من الزكاة ولايسمى له انها من الزكاة ؟ فقال عليه‌السلام : أعطه ولاتسم ولاتذل المؤمن[1].

ولم‌أجد مايدل على ان المديون اذا أعطى بعنوان السوقات والعطية كفى بل‌ذلك على خلاف القاعدة ، فان الكلى لايتعين الا برضى الطرفين، فكما لا يصح للمديون أن يأخذ من مال الدائن بقدر دينه الا برضاه واجازته ونحو ذلك، كذلك لايصح للمديون أن يعطي مال الدائن له بدون أن يأخذه الدائن بعنوان انه دينه، فان‌الاعمال بالنيات،[2] والامور المتعددة لايمكن جعل‌المصداق الخارجي أحدها الا برضى الاخذ وبرضى المعطى .

نعم في باب التقاص يجوز ذلك ، كما ورد في حديث هند التي قالت لرسول الله صلى‌الله‌عليه‌وآله : ان أبا سفيان رجل شحيح ولايعطيني بقدر نفقتي ونفقة أولادي، فأذن لها رسول الله صلى‌الله‌عليه‌وآله في الاخذ من ماله بقدر النفقة،[3] وكان ذلك من الرسول صلى‌الله‌عليه‌وآله اجازة من المالك الحقيقي الذي هو الله سبحانه وتعالى ، والرسول نائبه ، كما يصح ذلك من الحاكم الشرعي الذي هو نائب للامام النائب للرسول صلى‌الله‌عليه‌وآله .

---

(١) الوسائل : ج ٦ ص ٢١٩ الباب ٥٨ من أبواب المستحقين للزكاة ح ١ .

(٢) الوسائل : ج ٤ ص ٧١١ الباب ١ من مقدمات الصلاة ح ٣ .

(٣) كما في الجواهر : ج ٣١ ص ٣٠٢ وكنز العمال ج ١٦ ح ٤٥٨٦٢ وصحيح مسلم وح ٣ ص ١٣٣٨ ح ١٧١٤ .

ومما تقدم تبين فروع المسألة ،مثل ما اذا أعطاه شاتـه بعنوان الهدية فذبحها وأكلها فانه يجب عليه اعطاء شاة اخرى له اذا قلنا بأن الحيوان مثلي، أو اعطاء قيمتها على المشهور من قولهم بأنها قيمية .

أما اذا ذبح الشاة ولم يتصرف فيها بعد بأن لم يأكلها، فهل يعطى التفاوت بين المذبوح والحي، أو يأخذ المذبوح ويعطيه الحي مثلا أوقيمة ، أو يعطيه شاة حية بالاضافة الى تلك الشاة المذبوحة ؟ الاحتمال الثالث غير وارد، لانه من الجمع بين العوض والمعوض، واحتمال اعطاء التفاوت أيضاً غيرظاهر اذ الانسان الذي لايريد شاة مذبوحة لا وجه للتصرف في سلطنته بتبديل شاته الى شاة مذبوحة، فهو كما اذا ذبح الشاة بنفسه ثم اعطاها لمالكها، فيبقى أخذ الغاصب الشاة المذبوحة واعطاء المغصوب منه البدل .

وكذا في غير الغصب من سائر الضمانات كالعارية والوديعة وما أشبه ، ومثل ماذا أعطاها مالها بعنوان المهر حيث انه لايكون مهراً، فاذا جعل المهر عين المال وجب عليه بدلـه ، واذا جعل المهر كليـاً واعطاها مالها بعنوان المصداق لم يقع مصداقاً، وانما يبقى مديوناً للمهر، وكذلك في عكس الامر كأعطائها له ماله عوض الخلع، الى غيرذلك من الامثلة .

(مسألة ـ ١٨ ـ) قال في الشرائع بعد قوله المتقدم بوجوب ردالمغصوب مادام باقياً ولوتعسر كالخشبة يستدخل في البناء واللوح في السفينـة، ولايلزم المالك أخذ القيمة، وكذا لو مزجه مزجاً يشق تمييزه كمزج الحنطة بالشعير أوالدخن بالذرة كلف تمييزه واعادته ـ انتهى .

وقال في القواعد: ومزج الحنطة بالشعير ليس باتلاف ، بل يلزم بالفصل والالتقاط، وان شق ، ولواستدخل الخشبة المغصوبة في بنائه الزم بالعين وان أدى الى الهدم .

ونقل مفتاح الكرامة الفرع الاول عن التحرير والتذكرة واللمعة والمسالك والروضة قال : وهو قضيـة كلام الدروس وغيره، كمانقل الفرع الثاني عن الخلاف والمبسوط والسرائـر والشرائع والتذكرة والتحريـر والدروس و المسالك، بل لا خلاف فيه الا من الكوفي وتلميذه الشيباني فانهما قالا : انـه يملكها ولايجب عليه رد الساجة ويلزمه قيمتها .

ثم نقل ماعليه الاصحاب عن جمهور العامـة أيضاً باستثناء المذكورين ، وفي الجواهر مثل ذلك ، وكأنـه أخذه منـه وزاد ، بل الواجب عليـه مع استخراج الخشبـة رد اجرتها من حين الغصب الى حيـن الرد والارش ان نقصت ـ انتهى .

أقول: ولا يبعد ان يكون على الغاصب اعطاء مثل المغصوب لمثل تلك المدة اذا لم تكن للمغصوب اجرة، مثلا: اذا غصب ابريقه ساعة وغصب الابريق ساعة لا اجرة له، فانه يجب عليه اعطاء ابريقه له ساعة أيضاً ، واذا لم يعط كان للمغصوب منه الحق في الاخذ ، لانه داخل في قولـه تعالى : ﴿ وجزاء سيئة

سيئة ﴾[١] وقوله سبحانـه: ﴿ فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾[٢] وغيرهما من الايات والروايات، اذ لاخصوصية للاجرة .

واذا لم يتمكن المغصوب منه من الاسترداد بهذه الكيفية لمثل العين حق له الاسترداد لشيء آخر، مثلا: اذا لم يكن للغاصب ابريق ولكن كان له مكنسة وساعة المكنسة عرفاً تعادل ساعة الابريق، فان له الحق في أخذ المكنسة ساعة لانه بدله عرفاً، فحال هذا كحال بدل الحيلولـة فيما ذكروا، لان الملاك في كليهما واحد .

نعم، اذا لم يكن لـه الابريق وكانت له مكنسة وفرش ، وساعة كل واحد منها ساعة تعادل ساعة الابريق ، فالظاهر ان للغاصب الحق في اعطاء أيهـا له بقدر ساعة، لان الغاصب مسلط على الخصوصية ، وان فقدت السلطة له على الجامع، حيث ان الجامع يعادل ساعته ساعة الغصب، ولذا قالوا فيما اذا كان المديون أراد اعطاء دينار شخصي، لم يحق للدائن ان يقول : اني لااريد هذا الدينار، واريد بدله، اذ سلطة المديون على الخصوصية لاترتفع بارتفاع سلطته عن الجامع .

وكيف كان ، فقد علل الاصحاب ماذكروه بانه بنى داره مثلا على خشبة الغير ظلماً وعدواناً، فيجب ردها فوراً، فاذا استخرجها وردها وجب عليه رد اجرتها من حين الغصب الى حين الرد، وان نقصت لزمه ارش النقص، وكلا ماذكروه على طبق القاعدة رواية وفتوى في الجملة .

---

(١) سورة الشورى : آية / ٤٠ .

(٢) سورة البقرة : آية / ١٩٤ .

والظاهر ان اللازم عليه بالاضافة الى ذلك رد الفرق فيما اذا تنزل، مثلا: كانت له خشبة قيمتها اليوم دينار، أما في غد فربع دينار، فانه يلزم عليه ردّ الخشبة، وردّ ثلاثة أرباع الدينار لانه سبب ضرره ، فدليل لا ضرر يدل على وجوب اعطاء ضرره على التقريب الذي ذكروه في بابي خيار العيب وخيار الغبن .

وقدذكرنا مثل ذلك في بعض المسائل السابقة، وان كان الفقهاء لم يتعرضوا لذلك هنا حسب مانعلم، كما ان الحكم كذلك فيما اذا سبب عدم نمو مالولم يغصبه نما، مثلا: كانت المغصوب منه شجرة ، فوضع جذعه عليها مماسبب عدم نموها وعدم ثمرها ، فان الواجب مع رد الشجرة اعطاء النمو والثمر ، لانه سبب ضرره، وقد تقدم ان الفقهاء ذكروا مثل ذلك في الجمد والماء اذا غصبهما منه في الصيف في مكان لا ماء فيه ، ثم أراد ردّ الجمد في الشتاء مما لا قيمة له ، أو ردّ الماء على النهر مما لا قيمة له ، ولعله يأتي لهذه المسألة مزيد توضيح انشاءالله تعالى .

نعم ذكر في الجواهر: انه لو اختلطت السفينة بسفن كثيرة للغاصب، ولم يحصل على اللوح الا بالفصل للكل ، فالظاهر ذلك أيضاً للمقدمة لما عرفت من تطابق النص والفتوى على الزام الغاصب هنا بالاشق على وجه يقدم على نفي الضرر والحرج ، كماأومىء اليه عليه السلام بقوله :الحجر المغصوب في الدار رهن على خرابها (١) ضرورة اقتضائه رده على مالكه، وان استلزم خراب الدار أجمع كماهو واضح، وقال: وان كانت في اللجة وخيف من النزع غرق حيوان

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٠٩ الباب ١ من كتاب الغصب ح ٥ .

محترم ادمـي أو غيره ، أو مال كذلك لغير الغاصب الجاهل بالغصب ، ففي القواعد والتذكرة وجامع المقاصد والمسالك والروضـة وظاهر غيرها عدم وجوب النزع .

بل في مجمع البرهان لا خلاف فيـه جمعاً بين الحقين ولاحترام روح الحيوان، سواء كان الغاصب أوغيره ، وفيه امكان الزام الغاصب ومن بحكمه ذبح الحيوان مقدمة لايصال مال الغير الواجب عليه فوراً، ودعوى حرمة ذبحه لغير الاكل ممنوعة ، ثم قال: بل قد يقال : ان للمالك أخذ مالـه من الغاصب الممتنع من دفعه في كل حال، وان استلزم ذلك تلف نفس الغاصب مع فرض عدم التمكن منه الا في الحال المزبور ، وخصوصاً مع حاجة المالك لـه في تلك الحال لحفظ نفسه مثلا، فان احترام نفس الغاصب في الفرض غيرمعلوم.

ولعل قوله تعالى: ﴿فمن اضطر غير باغ ولا عاد﴾[1] يشعر بذلك ضرورة ظهوره في سقوط احترامـه بالبغي والعدوان، وان كان في غيرالمفروض، بل قد يشعر بـه في الجملة سقوط احترامه في الدفاع عن المال ولو يسيراً، الى آخر كلامه .

لكن الظاهر انه محل منع ، فان مجموع ماذكره هو وغيره دليلا لذلك رواية الحجر المغصوب، ورواية الغصب مردود، والى ان الغاصب قد أقدم على عدم احترام مال نفسه ، كما اذا اشترى شيئاً بالضرر عالماً عامداً ، حيث لا خيار له .

ويرد على الاول: ان ظاهر الرواية حسب الانصراف العرفي شيءآخر،

---

(١) سورة البقرة : آية / ١٧٣ .

وهو ان مثل هذه الدار لايمن فيها ولا بقاء ، وانها في معرض الفناء والخراب لاجل ذلك الحجر الذي بنى فيها ، فاذا أراد الانسان اليمن والبركة في داره يلزم عليه اعطاء الحجر اعطاءاً شرعياً وعقلياً، عيناً أو قيمة حتى تفك الدارعن الرهانـة .

كما ان الانسان اذا أراد فك رهنه يلزم عليه اعطاء الدين ليأخذ العين ، وان كانت العين أضعاف أضعاف الدين .

أما ان يكون معنى الحديث انه يجب اعطاء الحجر المغصوب ولو بخراب كل الدار، فذلك مما لايفهم منه اطلاقاً .. أما كون الغصب مردود، فانه لايفهم منه الا مايفهمه العرف من الاوامر للحكام ونحوهم ، وذلك منصرف عن مثل ماذكره .

ومنه يعرف وجه النظر في قول المحقق الرشتي، الظاهر ان ردالمغصوب واجب مطلقاً حتى الفلس فيما لوتوقف رده على صرف آلاف الكرور فضلا عن غيره ، لان ابقاء المغصوب كأبتداء الغصب لايرخص فيه بسبب التضرر المالي، اذ أي عرف هذا الذي يفهم من مثل المغصوب مردود نحو هذا الشيء وهل هو الا مثل: ﴿وأعلموا انما غنمتم من شيء فان لله خمسه﴾[1]؟ ومثل قوله سبحانه: ﴿انما الصدقات للفقراء﴾[2]؟ فهل يفهم منهما انه اذا كان عليه فلس من الخمس، أوفلس من الزكاة؟ فانه يجب عليه ايصالهما الى مستحقهما ولوصرف آلاف الكرور .

---

(١) سورة الأنفال : آية / ٤١ .

(٢) سورة التوبة : آية / ٦٠ .

وعلى الثالث : ما ذكره المحقق المذكور ان كون الدليـل هو الاقدام فاسد ، لان نفي الضرر كنفـي الحرج لا يفرق فيهما بين ما اذا جاء من قبل المكلف من تقصيره وتفريطـه وغيره ، ولذا لايجب[1] ولو كان منشأ الضرر هو المكلف نفسه، وكذا لايلزم البيع مع الغبن ولوكانالسبب هو تقصيرالمشتري بترك الفحص عن القيمة ونحوه .

نعم ، لوأقدم الشخص على عنوان الضرر نفسـه كأن باع واشترى عالماً بالعيب والغبن فلا، فهذا مايقال من ان الاقدام عليه يرفع احترامه .

والحاصل : ان الاقدام على فعل يتفق معه الضرر ، أويلزمـه ليس باقدام على الضرر ، وانما الاقدام عليـه هو ارتكاب نفس الضرر كالبيـع بدون ثمن المثل عالماً، وكأسقاط بعض الحقوق المشروع بجبران الضرر وأمثال ذلك، ومانحن فيـه من قبيل الاول ، لان الاقدام على الغصب ليس اقداماً على نفس الضرر كمالايخفى، بل اقداماً على النفع بزعم الغاصب ـ انتهى .

نعم يرد عليه انـه حتى ما اذا اقدم على الضرر يلزم ان يكون الشارع لم يمنع عنه، والا فالاقدام ليس على اطلاقه موجباً للضرر، ثم كيف يمكن القول بأنه يهدم الدار كلها لاجل انقاذ الحجر ، أو يهدم السفينة لاجل انقاذ اللوح ، مع العلم ان الاسراف حرام، وهذا من أظهر مصاديق الاسراف المحرم .

وقول الجواهر: دعوى حرمة ذبحه لغير الاكل ممنوعة غير ظاهر الوجه فهل يجوز ذبح الحيوان والقائه فيالشارع أو في البحر؟ وأبعد منه قوله: وان

---

(١) بحار الأنوار : ج ٤ ص ٢٣٠ ـ كنز العرفان : ج ١ ص ١٦٦ ـ

كانت في اللجة وخيف من النزع غرق حيوان محترم آدمي أوغيره .

اماقول الجواهر: لماعرفت من تطابق النص والفتوى على الزام الغاصب هنا بالاشق على وجه يقدم على نفي الضرر والحرج ، ففيه انه أي نص وأي فتوى على ذلك ، وقد تقدم منه (رحمه الله) انه نقل عن القواعد والتذكرة وجامع المقاصد والمسالك والروضة عدم وجوب النزع ، بل نقل عن مجمع البرهان انه لاخلاف فيه .

ومثله في البعد انه بعد ان نقل عن المبسوط والتذكرة ، وظاهر السرائر تبعاً لمفتاح الكرامة عدم وجوب النزع ، لان السفينة لاتدوم في البحر فيسهل الصبر الى انتهائها الى الشط فتؤخذ القيمة للحيلولة الى ان يتيسر الفصل ورد اللوح مع ارش النقص ان نقص جمعاً بين الحقين، قال: وهو كما ترى مجرد اعتبار لايرجع الى محصل ، ودعوى سقوط المقدمة لقاعدة الضرر ، ونفى الحرج واضحة السقوط بعد ان كان هو السبب في ادخالهما عليه ـ انتهى .

اذ قد عرفت انه لم يقدم على الضرر، وانما أقدم على الغصب، والاقدام على الضرر غير الاقدام على الغصب، وقوله : ان كلامهم مجرد اعتبار، غير ظاهر بل ماذكروه هو مقتضى القواعد كما عرفت ، وهل يقول صاحب الجواهر وغيره ممن وافقهم هو على رأيهم، انه اذا ألقى ابريق انسان في بحيرة وجب عليه افراغ ماء البحيرة ولو دام ذلك عشرين سنة ، ولو صرف ملايين من الدنانير لاجل اعطاء الابريق لصاحبه ؟

أوهل يفتي هو بانه اذا علم انسان بأن لوحاً في السفينة مغصوب، ثم ملأها من بضائعه التي تسوى ملايين الدنانير يحق لصاحب اللوح أن يفرغ كل مافي

السفينة في البحر ليأخذ لوحه ؟

أويقول: هو أوغيره بأنه اذا بلع ثورفلساً لانسان، وكان ذلك بسبب غصب صاحب الثور لذلك الفلس والقائه أمامه انه يحق له أن يذبحه ليأخذ فلسه ، وان كان اللحم يذهب هدراً ، لانه لا آكل له ؟ فان كانوا يلتزمون بمثل هذه الامور ، ففيه انه في غاية البعد عن ظاهر الادلة .

أما قوله الاخير : بأنه يأخذ ماله ، وان استلزم ذلك تلف نفس الغاصب مع فرض عدم التمكن منه ، الا في الحال المزبور فهو بعيد جداً عن ظاهر الروايات .

فهل يفتي أحد بأنه اذا غصب انسان من انسان آنية تسوى عشرين فلساً ان له أن يقتله ليأخذ ماله ، وان امتنع الغاصب من رده ، بل لعل في قضية سمرة دلالة على ماذكرناه، لان الانصاري أماشترى البستان من سمرة باستثناء النخلة أو باع النخلة لسمرة ، ففي كلا الحالين أقدم على ضرر نفسه اذا كان ميزان الضرر، مثل ذلك الذي ذكره، فلماذا قال الرسول ﷺ لاضرر ولاضرار؟(١) وعليه فأدلة الضرر محكمة .

وعلى هذا، فانه اذا جعل اللوحة في الدار مما استلزم هدم الدار، لم يجز هدم الدار ، لانه اسراف، واذا لم يكن الاسراف، كما اذا غصب ديناراً من زيد وأتى به مئات الفراسخ مما يستلزم رده صرف مئات الدنانير، فانه لايجوز ذلك أيضاً، لانه وان لم يكن اسراف، الا انه عمل سفهائي، والاعمال السفهائية ممنوعة شرعاً كما هي ممنوعة عقلا .

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٤١ و ٣٤٢ الباب ١٢ من أحياء الأموات ح ٣ و ٥ .

قال سبحانه : ﴿ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياماً﴾[١].

فهل يمكن القول بانه يصرف مئات الدنانير مئونة سنته وعائلته مثلا لاجل رد ذلك الدينار ، ثم يبقى هو يتكفف الناس ؟

وعلى أي حال، فالمفهوم من النص والفتوى ليس أمثال هذه الامور، وانما المفهوم من النص هي حسب الموازين العقلائية .

ومما تقدم يظهر ، انه لايمكن الاستدلال لوجوب رد المغصوب، ولو أدى الى انهدام الدار وغرق السفينة ونحوها بقوله عليه السلام : ليس لعرق ظالم حق[٢]. سواء قرأ بالاضافة أو بالتوصيف ، وان استدل به المحقق الرشتي بقوله : اذ لاخصوصية للعرق أعني الشجرة لعدم الاحترام، فهذا الكلام تعبير اجمالي عن سلب الاحترام من مال الظالم في المربوط بهمال الغير ظلماً، وكناية عن هذا المعنى مطلقاً فيجوز حل ذلك الارتباط ولو أنجر الى تلف أمواله ، فان دليل لاضرر وحرمة الاسراف وغيرهما مما تقدم ، بالاضافة الى عدم شمول الحديث ، الا بمقدار المتفاهم العرفي يوجب عدم صحة الاستدلال بالحديث لماذكره ، فان الشارع لايحكم بالضرر مالياً كان أونفسياً أوعرضياً، الا في موارد الاستثناء كالخمس والزكاة والجهاد وما أشبه .

ومنه يعلم ان فرق المحقق الرشتي بين الضررين بقوله: بعد تقريب عدم البأس بالضرر المالي :

نعم ، لو توقف أو استلزم ضرراً غير مالي ، أمكن منع الوجوب ، لان

---

(١) سورة النساء : آية / ٥ .

(٢) الوسائل : ج ١٣ ص ٢٨٣ الباب ٢٣ من كتاب الأجارة ح ٣ .

حفظ النفس والعرض يرجح على غيره، ولو كان من حقوق الناس. الى آخر كلامه محل نظر.

وكيف كان، فاذا غصب اللوح وجعله في السفينة، أو غصب الخشبة وجعلها في بنائه، فان لم يستلزم الاخراج والارجاع الى صاحبهما اسرافاً واضراراً أكثر من المتعارف وجب الاخراج والرد لادلة كون الغصب مردود أما اذا استلزم اسرافاً أو اضراراً أكثر من المتعارف، مما يفهم من ان الغصب مردود، انتقل الامر الى البدل مثلا أو قيمة.

نعم يحتمل تقدم الاجارة اذا كانت الاجارة ممكنة، لان فيها من الجمع بين الحقين ما ليس في مثل البدل، هذا كله اذا كان الغاصب عالماً عامداً.

أما اذا لم يكن عالماً بالحكم أو الموضوع، أو لم يكن عامداً باكراه واضطرار ونحوهما، أو صار غصباً بسبب طريان شيء بأن لم يكن من الاول غصباً، كما اذا رضي مالك الخشبة واللوح من الاول ثم صار بينهما نزاع سبب سحب رضاه عما رضي أولا، أو كان الجائر مثلا غصب الدار وبنى فيها لوحة مغصوبة أيضاً، ثم تمكن المالك من استرجاع الدار مما لم يكن الغصب منه، أو ما أشبه ذلك، فلا اشكال في انه لا حق في الهدم الموجب للضرر، وان لم يكن اسرافاً، اذ دليل لا ضرر لا محذور فيه، وهو حاكم على الادلة الاولية مثل الغصب مردود ونحو ذلك.

وربما يؤيد العدم هنا، بل وفي المسألة السابقة فيما كان الغصب عن علم وعمد قوله سبحانه: ﴿وجزاء سيئة سيئة بمثلها﴾[1].

---

(١) سورة الشورى: آية / ٤٠.

وقوله : ﴿ومن عاقب بمثل ماعوقب به﴾[١].

وقوله : ﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتـدى عليكم﴾[٢] مما جعل السيئة بقدر السيئة المقابلة لاأكثر، وكذلك قوله سبحانه : ﴿والحرمات قصاص﴾[٣] الـى غيرها مما يجدها المتتبع فى خلال الروايات ، فلاحق للسيئة الاكثر وما أشبه .

وعلى ماذكرناه ، فاذا مزج مزجاً يشق تمييزه كمزج الحنطة بالشعير ، أو الدخن بالذرة ، فان كان مشقة تصل الـى الحرج والعسر ، أو توجب ضرراً بصرف المال لم يكلف تمييزه واعادته ، وانما يشتركان حسب مقتضى القاعدة كما في مزج الحليب بالسكر أو ماأشبه، اذ لافرق بين المسألتين عرفاً،ومجرد التميز وعدم التميز لايوجب فرقاً من جهة مانحن فيه ، وان لم يوجب التمييز العسر والحرج والضرر الا بقدر غير مرفوع مماهو في نظر العـرف ، يشمله دليل رد المغصوب ونحوه، وجب .

ثم في المورد الذي ذكرنا بوجوب رد الخشبة المستدخلة في الدار اذا فسدت على تقدير الاخراج ، فلااشكال في لزوم اعطاء المثل أو القيمة،لانه قد تعذر تسليم مالية العين فانتقلت العين الى البدل، وانما الكلام في انه هل يجب تسليم العين أيضاً اذا أمكن أو لايجب ؟ قولان : نقل عن ظاهر الاكثر الوجوب واستدل له بما يـدل على وجوب رد المغصوب ، فـان للشيء عيناً ، وماليـة

---

(١) سورة الحج : آية / ٦٠ .
(٢) سورة البقرة : آية / ١٩٤ .
(٣) سورة البقرة : آية / ١٩٤ .

المالية تدوركت بالبدل .

أما العين فقد كانت للمالك ولا وجه لخرجها عن ملكه، فالاستصحاب يقتضي وجوب رده أيضاً .

لكن عن الدروس عدم الوجوب ، قال : يجب رد المغصوب الى مالكه اجماعاً ، ولقوله ﷺ : على اليد ماأخذت حتى تؤدي[1] ، وان تعسرت الساجة في البناء ، واللوح في السفينة ، وان أدى الى خراب ملكه ، لان البناء على المغصوب لاحرمة له ، ويضمن ارش نقصانهما واجرتهما ، ولو علم تعيبهما ، وانه لاينتفع باخراجهما ضمنهما الغاصب بقيمتهما .

لكن في المسالك نسب الى ظاهرهم عدم وجوب الرد قال : وهل يجبر على اخراجها حينئذ نظر من فوات المالية وبقاء حق المالك في العين ، وظاهرهم عدم الوجوب وانها منزل منزلة المعدومة ولو قيل بوجوب اعطائها المالك اذا طلبها كان حسناً ، وان جمع بين القيمة والعين ـ انتهى .

لكن المحقق الرشتي نسب اليهم وجوب الرد قال : لو فسدت الخشبة المستدخلة في الدار على تقدير الاخراج انتقل الى القيمة كما في الحيلولة ، الى أن قال : وفي وجوب تسليم العين حينئذ مع دفع القيمة اشكال ، ظاهر الاكثر الاول، ويدل عليه مايدل على وجوب رد المغصوب لو لم يدعى انصراف أدلتها اللفظية ، مثل قوله عليه السلام : على اليد الى الاموال وشبهها مما يتعلّق به غرض صحيح عقلائي ، مضافاً الى الاستصحاب الى آخر كلامه .

---

(١) المستدرك : ج ٢ ص ٥٠٤ الباب ١ من كتاب العارية ح ١٢ .

لكن الظاهر هو عدم الوجوب كما تقدم عن الدروس ، ونقل أيضاً عن صريح المبسوط وغيره، وذلك لما تقدم من انه جمع بين العوض والمعوض، وظاهر الادلة ان له حق العوض ، ومثله لو كسر اناء زيد ، فان عليه أن يرد عليه مثله أو قيمته ، ولاحق لزيد في جمع المكسور من أجزاء الاناء اذا أراد الكاسر تلك .

و لذا قال في الجواهر : ان حقه في الخشبة بالاضافة الى القيمة مناف لقاعدة لاضرر ولاضرار ، ومناف أيضاً لملك القيمة التي هي عوض شرعي يقتضي ملك معوضه للدافع ، واستثنائه بعد ذلك بقوله ، اللهم الا أن يقال : انها عوض مالية وان بقي مملوكاً لكنه كما ترى ـ انتهى .

كما ترى اذ أي معنى لكون البدل مثلا أو قيمة عوض يقابل به المالية دون الملكية ، وحينئذ فلامجال للاستصحاب وجواب المحقق الرشتي عن مانع الاستصحاب ، حيث قال : مضافاً الى الاستصحاب و منعه بدعوى تغيّر الموضوع وهو المال ممنوع ، بأن الموضوع ابتداءاً هو الملك و ان كانت المالية أيضاً موضوعاً آخر ، اذ لاشبهة في ان غير الاموال كالاملاك الصرفة ، مثل حبة الحنطة أيضاً يجب ردها الى أربابها ـ انتهى .

غير ظاهر اذ الخشبة بكلها انتقلت الى البدل ، فلم يبق ملك خارجاً عن المال حتى يقال باستصحاب الملك ، والله سبحانه العالم .

(مسألة ـ١٩ـ) قال في الشرائع : ولو خاط ثوبه بخيوط مغصوبة ، فان أمكن نزعها ألزم ذلك وضمن مايحدث من نقص ، ولو خشي تلفها بانتزاعها لضعفها ضمن القيمة .

وقال في المسالك: الخيط المغصوب ان خيط به ثوب ونحوه ، فالحكم كما في البناء على الخشبة، فللمالك طلب نزعه، وان أفضى الى التلف، ويضمن الغاصب النقص ان أتفق، وان لم يتفق له قيمة ضمن جميع القيمة ، ولايخرج بذلك عن ملك المالك كما سبق فيجمع بين العين والقيمة ـ انتهى .

أقول : أما وجوب نزعه ان أمكن ولم يوجب فساداً أكثر من المتعارف كما تقدم في مسألة الخشبة ، فدليله ان الغصب مردود .

وأما اذا أوجب فساد الثوب ، فقد عرفت في المسألة السابقة انه لايجب ، وانـّما ينتقل الـى المثل أو القيمة لحكومـة دليل لاضرر ، ودليل حـرمة الاسراف ومـا أشبه على دليل الغصب مردود ، كما انك قـد عرفت الاشكال في قول المسالك : ولايخرج بذلك عن ملك المالك فيجمع بين العين والقيمة، اذ لما انتقل الامر الى البدل كان البدل بدلا شرعياً، وبذلك يسقط ملك المالك عن العين .

ولذا قال في الجواهر: يقتضي ملك المالك القيمة خروج المغصوب عن ملكه لكونها عوضاً شرعياً عنه، وقد تقدم سابقاً في ذبح حيوان الغير الموجب لدفع القيمة عنه مايؤكد ذلك في الجملة .

بل قد تقدم أيضاً ان ماكان في يده المغصوب لو رجع المالك عليه وغرمه كان له الرجوع على من استقر التلف في يده، على وجه يملك ماكان في ذمته

للمالك عوض ما أداه ـ انتهى .

ثم ان كان العين في حكم التالف وطلبه المالك ولم يؤد الى اضرار واسراف، وجب على الغاصب رده ، وان لم يكن بعد ذلك له قيمة ، وحينئذ ولا حق للمغصوب منه في كل القيمة بعد ان أخذ العين ، لانّه لايجمع بين البدل والمبدل منه .

و كذلك اذا كسر أناء زيد ، وأراد زيد القطع المكسرة لم يحق له أن يطلب العوض كاملا أيضاً ، ولايقال : انه فوت عليه القيمة فله مطالبة القيمة كاملا ؟ لانه يقال : انه بطلبه المكسور قد تنازل عن بعض قيمته ، فان الغاصب يخيّره بين أحدهما ، فكما انه اذا اختار القيمة لا حق له في العين ، كذلك اذا اختار العين لا حق له في تمام القيمة .

ومما تقدم تبين وجه قول مجمع البرهان في المحكى عنه في صورة تلف الخيط انه قال : يمكن انه لايجوز أي النزع وتتعين القيمة، لانه بمنزلة التلف تلزمه القيمة فقط ، وحينئذ يمكن جواز الصلاة في ذلك الثوب المخاط ، اذ لاغصب فيه يجب رده كما قيل بجواز المسح بالرطوبة من الماء المغصوب الذي حصل العلم بحاله بعد الغسل وقبل المسح ـ انتهى .

ومنه يعرف الحال، فيما اذا توضأ عالماً عامداً ، وبعد تمام الوضوء وتلف المال عرفاً مماسبب الانتقال الى القيمة غسل وجهه ببقايا الماء الموجود على وجهه التالف عرفاً، ثم غسل يديه ومسح رأسه و رجليه، وكذلك بالنسبة الى الغسل .

و يؤيد ما تقدم ما ذكره الجواهر حيث قال : بل ستسمع ملك الغاصب

المغصوب اذا أدى قيمته للحيلولة، وان كان متزلزلا، بل كان ذلك مفروغاً منه عند التأمل في كلماتهم في مقامات متعددة ظاهرة أو صريحة ، في ان المؤدى عن المضمون عوض شرعي عنه، على وجه يقتضي الملك للطرفين، من غير فرق بين الموجود من العين مما لاقيمة له، وبينها اذا كانت كذلك لو انتزعت كما في الفرض الذي يتعذر فيه الرد لنفس العين المغصوبة .

ثم قال الشرائع : وكذا لو خاط بها جرح حيوان له حرمة لم ينتزع الا مع الامن عليه تلفاً و شيناً و ضمنها .

وقال في المسالك: وان خيط به جرح حيوان فهو أما محترم أو غيره، و المحترم أما آدمي أو غيره، فالادمي متى خيف من نزعه هلاكه أوغيره من المحذور المجوز للعدول الى القيمة من المرض والشين لم ينتزع وعلى الغاصب قيمته، الى آخر كلامه .

أقول: الكلام قد يكون في الانسان، وقد يكون في الحيوان ، أما الانسان فهو أما محترم، وأما غير محترم، فان كان محترماً فوجبت الخياطة لم يكن آثماً بالخياطة، سواء كانت الخياطة لجرح نفسه أو لجرح غيره .

نعم اذا كانت الخياطة لجرح نفسه كان ضامناً في المثل أو القيمة جمعاً بين الحقين ، و ان كانت الخياطة لجرح غيره لم يكن ضامناً لانه محسن ، و قد أمره الشارع بالخياطة، ويكون الضمان على المجروح الذي خيط جرحه بالخيط .

لايقال : بل الخائط أيضاً ضامن، وانما قرار الضمان على المجروح لان الذي خاط ضمن بوضع اليد على مال غيره .

لانه يقال: لما أمره الشارع بذلك وكان لاجل غيره لم يكن وجه لضمانه، ودليل على اليد ومن أتلف، منصرف عن مثله .

وكذلك الحال فيمن رأى غريقاً فانقذه بسبب حبل غيره، فانه لاوجه لضمانه، أو رأى جائعاً مشرفاً على الموت فأنقذه بأطعام طعام غيره له ،الى غير ذلك من الامثلة .

ثم اذا مات ذلك الانسان المجروح ،فانه يجوز لصاحب الخيط اخراج خيطه اذا لم يكن موجباً لهتك حرمته ، و الالم يجز لان حرمته ميتاً كحرمته حياً .

ومنه يعرف الحال في اشباه ذلك، مثل جعل شيء طبي في القلب، أوفي اليد والرجل المكسورتين، أو ما أشبه مما يتعارف في العمليات الجراحية الان .

ومنه يعلم، ما اذا أخذ جلداً أو عظماً أو عضواً من انسان ورقع به انساناً آخر، فان كان ارجاعه الى الانسان الاول موجباً لتلف الانسان الثاني أو نحو التلف لم يجز، و كان ضامناً للقيمة و القيمة انما تعرف بالحكومة كما ذكرناه في [كتاب الديات] .

وان لم يكن موجباً لتلف أو نحوه، حق للانسان الاول ارجاعه الى نفسه اذا كان عدمه شيناً له وان أوجب شيناً بالنسبة الى الانسان المجروح، اذ الامر يدور بين شين المالك لهذه الاجزاء وبين شين غيره، والمالك أحق بعدم الشين .

مثلا : صلم أذن انسان وألصقها في مكان أذن انسان ثان قد صلمت أذنه ، ولم يرض صاحب الاذن بهذا الترقيع ، فان له الحق في استرجاع أذنه ، ولا يقال : انه لايجوز ايلام ذلك الانسان المرقع ، اذ يمكن رفع الالم بالبنج ونحوه .

أما اذا كان الانسان غير محترم في الخياطة، أو الترقيع بأعضائه ، فالظاهر انه اذا كانت الخياطة ونحوها فيما اذا أراد سحب الخيط والجزء منه لاينافي احترامه جاز ذلك .

أما اذا كان ينافي احترامه لـم يجز ، اذ لايجـوز التمثيل بغير المحترم أو تجريحه . وانما الواجب مثلا أو الجائز قتله ، فالكافر الحربي والمرتد الذي يجوز قتله ، واللائط وما أشبه لايجوز ايذائهم وجرحهم بغير الكيفية الواردة من الشرع في قتلهم ، فاطلاق بعضهم غير المحترم في قبال المحترم غير ظاهر الوجه .

وكيف كان، فقد علم مما تقدم انه لابأس بما ذكره المسالك بقوله : الادمي ان خيف من نزعه تلفه ، أو غيره من المحذور المجوز للعدول الى التيمم من المرض والشين لم ينزع وعلى الغاصب قيمته .

أما ما أشكل عليه الجواهر بقوله : بامكان منع جعل مسوغ التيمم عذراً في عدم وجوب الرد هنا مطلقاً ، وماعرفته من تكليف الغاصب بأشق الاحوال في الرد، وان استلزم الضرر عليه والمشقة، فمع فرض انه قد خاط به جرحه، وكان فـي نزعه مشقة لا يخشى منه التلف ، وان جـاز التيمم لها ، أو يخشى الشين من نزعه يتجه تكليفه بذلك الزاماً له بأشق الاحوال ، لانه هو الذي أدخل الضرر عليه باختياره الغصب الذي مقتضاه ذلك، واحتمال الفرق بين الضرر المالي وغيره لادليل عليه، نعم قد يتجه ذلك مع الخوف علـى النفس الذي يسقط معه خطاب الرد ـ انتهى .

غير ظاهر الوجه. اذ لادليل بأن الغاصب يؤخذ بأشق الاحوال ، وقدتقدم في المسألة السابقة ان دليل لاضرر محكم حتى في المقام ، فقوله : لانه هـو

الذي أدخل الضرر عليه باختياره الغصب محل منع ،فاذا ذهب انسان يعلم انه يكون الماء عليه ضرراً في مكان باختيار نفسه ، وكان الذهاب حراماً مثلا ، فهل يقال : بأنه يتوضأ ويغتسل لانه بنفسه اختار سلوك هذا المسلك ؟ ، الى غير ذلك من الامثلة التي فعل الانسان مقدمة الضرر على نفسه عامداً عالماً عاصياً، لكنه اذا أراد أداء التكليف الشرعي تضرر ، فانه لاوجه للقول بجوازه ، ومسألة غير باغ ولاعاد خارج عما نحن فيه .

ومع ذلك، فقد قال الفقهاء : بأنه اذا كان باغياً أو عادياً ، وخاف من تلف نفسه فعل المحرم واجباً وكان معاقباً بسوء اختياره ، بينما لايعاقب في غير الباغي والعادي .

نعم قول المسالك : انه ان خاط جرح نفسه ، فالضمان مستقر عليه ،وان خاط جرح غيره باذنه وهو عالم بالغصب، قيل :كان قرار الضمان عليه والاجود قراره على المباشر ـ انتهى .

غير ظاهر الوجه في فرعه الثاني ، اذ لو كان غاصب أطعم انساناً طعام غيره ، وكان ذلك الانسان عالماً كان قرار الضمان على الذي أكل ، لا على الذي أطعم ، وهنا كذلك فانه وان كان لمالك الخيط الرجوع الى كليهما على سبيل البدل ، الا ان قرار الضمان على المجروح لانه هو الذي صرف مال الغير ، وهل يقال : بانه اذا أعطى داراً زيد لعمرو عالماً كان قرار الضمان على زيد لا على عمرو؟ واقدام المباشر لايوجب قراراً عليه .

لايقال : من أتلف[1] يشمل المباشر .

---

(١) الوسائل : ج ١٨ ص ٢٣٩ الباب ١١ من أبواب الشهادات ح ٢ .

لانه يقال : كلاهما أتلفا هذا بالمباشرة وهذا بالاستهلاك .

ثم قال المسالك : وأما غير الادمي فعلى ضربين: أحدهما غير المأكول والحكم فيه كالادمي ، فانه لاينتفع به مع ذبحه ، والثاني : المأكول فـان كان لغير الغاصب لم ينزع لحرمة روحه ، وان كان للغاصب فوجهان : انه يـذبح ويرد الخيط لامكان الجمع بين الحقين وهو جائز الذبح ، وأظهرهما وهـو الذي يقتضيه اطلاق المصنف المنع كما في غير المأكول ، لان للحيوان حرمة في نفسه ، ولهذا يأمر بالانفاق عليه ويمنع من اتلافه بغير الذبح للاكل ، فقد روى انه ﷺ نهى عن ذبح الحيوان الا لاكله(١) ـ انتهى .

وفيه أولا: ان غير المأكول أيضاً ينتفع به مع ذبحه، فالانتفاع بجلده وشعره ووبره وما أشبه وقد ذكرنا في [كتاب الصيد والذباحة] تبعاً لغير واحد من الفقهاء جواز ذبح الحيوان غير المأكول والانتفاع بما ينتفع به منه فـي غير المحرم شرعاً .

نعم يأتي هنا ما ذكرناه سابقاً من انه فيما لم يكن ضرراً واسرافاً، والا فلايجوز حتى الذبح ، مثلا : الاسد الذي يسوي مائة اذا ذبح لا ينتفع بأجزائه الا بمقدار عشرة فانه ضرر ، وكذلك اذا كان في مورد اسرافاً .

وثانياً: في المأكول اذا لم يكن اسراف وضرر وكان للغاصب ألزم بالذبح لانه طريق رد الغصب ، أما اذا كان أحد الثلاثة فلا ، اذ قد تقدم ان الاسراف والضرر غير جائز، واذا كان لغير الغاصب كان مقتضى سلطنته انه لايذبح حيوانه فيما اذا لم يكن عالماً بفعل الغاصب وعامداً بقبول ذلك، والا كان كالغاصب وحينئذ

---

(١) المسالك : ج ٢ ص ٢٥٩ س ٣ .

يرجع المغصوب منه الى الغاصب في البدل ، لاالـى من كان له الحيوان .

وبذلك يظهر وجه النظر في قول الجواهر على المسالك ، وثانياً بامكان الزامه بشراء ما يجوز ذبحه من الحيوان اذا كان للغير مأكولا ، أو غيره مقدمة لذبحه ونزع الخيوط منه وان أدى ذلك الى ضرر عليه ، فضلا عن الزامه بذبح مايجوز ذبحه من الحيوان الذي له ، ودعوى حرمته لغير الاكل واضحة المنع ـ انتهى .

فان فيه مواضع للتأمل والمنع، وقد تبين مما تقدم مواضع النظر في كلام المحقق الرشتي والذي منه قوله: وان كان محترماً ، فان كان ذبحه شرعاً مأذوناً فيه لغرض الاكل ونحوه وجب ، والالم يجب بل لم يجز ـ انتهى .

اذ فيه ان الاذن في الذبح شرعاً قد يكون مع الاضرار بالمالك وذلك مرفوع كما تقدم، بل قد اعترف هو بذلك في بعض المسائل السابقة .

قال في الجواهر: وأما غير المحترم من الحيوان وهو ما يصح اتلافه بغير التذكية كالخنزير والكلب العقور فلايبالي بهلاكه و نزع الخيط منه، و يلحق بهما الكافر الحربي، بل والمرتد عن فطرة، بل والزاني المحصن ونحوهم ممن هو غير محترم النفس .

وكذا لو عرض عدم احترامها بردة ونحوها بعد الخياطة، واحتمال عدم الجواز باعتبار كون الحد وظيفة الامام وعدم جواز قتل المحارب في بعض الاحوال على بعض الاقوال ، كما ترى ضرورة عدم كون ذلك من الحد ، بل هو أخذ ماله المستلزم لموت غير محترم النفس ونحوه يجرى في المحارب ـ انتهى .

وفيه مواضع للنظر :

اذ يرد عليه أولا : ان الخنزير وان كان لايملك لكنه لايجوز قتله ، الا اذا

كانوحشياً يخشى افساده واضراره من باب قتل المؤذي، والافأي دليل على جواز قتل الحيوان مطلقاً ، قرداً كان أو خنزيراً أوغيرهما ، بـل أدلة المنع عن قتل الحيوان شاملة للخنزير أيضاً .

وثانياً : ان الزاني والمرتد لايجوز قتلهما بأي نحو كان ، فقوله : بـل هو أخذ ماله المستلزم لموت غير محترم النفس ، غير ظاهر الوجه كما تقدم .

وثالثاً : الكافر الحربي لايجوز قتله الابأذن الامام ونائبه لامطلقاً .

ومنه ظهر وجه النظرفيما حكاه مفتاح الكرامة عن جمع حيث قال: الادمي غير المحترم كالمرتد عن فطرة ، الاقرب كما في التذكرة والايضاح انه يجب اخراجه ، وان خيف منه التلف .

وبه جزم في التحريـر وهو في محـله ، وتوقف فيه في جـامع المقاصد كالمنصف، وكذلك الحال لوطرئت الردة على الخياطة، وحكم الحربي حكم المرتد نص عليه في التذكرة الى آخر كلامه .

(مسألة ـ ٢٠ ـ) قال في الشرائع : ولو حدث في المغصوب عيب مثل تسويس التمر ، أو تخريق الثوب رده مع الارش .

وقال في مفتاح الكرامة في شرح القواعد: (ولو قطع الثوب قطعاً لم يملكه بل يرد القطع مع الارش) مالفظه يريد انه اذا غصب شيئاً ثم غيره عن صفته التي هو عليها ، مثل ان كان نقرة فضربها دراهم أو حنطة فطحنها ، أو دقيقاً فعجنه أو ثوباً فقطعه لم يملكه اجماعاً كما في التذكرة في موضع منها ، والمسالك وظاهر التذكرة في موضع آخر حيث نسبه الى علمائنا ، وظاهر السرائر في مسألة غصب الحب والبيض في موضع منها .

وبالحكم صرح في الخلاف والمبسوط والغنية والسرائر والتحرير والارشاد والدروس وجامع المقاصد ومجمع البرهان، بل يرده مع الارش ان نقص عند علمائنا كما في التذكرة ، الى آخر كلامه .

وفي الجواهر : بلا خلاف أجده فيه بيننا، بل الاجماع بقسميه عليه ، بل هو مقتضى وجوب رد المغصوب وضمان مافات منه المستفاد من العقل والكتاب والسنة والاجماع ، هذا ولكن لايبعد أن يقال : ان للمغصوب منه الخيار بين الاسترجاع والارش وبين أخذ البدل .

وقد أشار اليه القواعد في جعل السمسم شيرجاً ، وذلك لما ذكروه في باب خيار العيب والغبن من دليل لاضرر ، فان الانسان أحياناً لايريد الشيء المعيوب وان أخذ ارشه فتحميله عليه اضرار به ، فلا ضرر يقتضي ان لايكون الشارع حمله مافيه ضرره ، فان الضرر لايستلزم ان يكون ضرراً مالياً فقط ، فاذا كان له قماش يريد أن يجعله لنفسه ثوباً فقطعه الغاصب قباءاً ، فانه لاينفعه ،

وان أعطى التفاوت لانه لايريد القباء ، ولا يوجد من يشتريه منه ليشتري قماشاً جديداً ليقطعه ثوباً ، فتحميله عليه ضرر عليه .

وكذلك في مثل تسويس التمر، فانه ربما لاينفعه التمر المسوس ولايمكنه بيعه وتبديله ولومع أعطاء التفاوت الى التمر الصحيح لينتفع به، فتحميله عليه اضرار به، بل مقتضى هذا القول انه له أن يأخذ القماش المقطع بدون تفاوت اذا لم يكن تفاوت، فلا ينفعه هذا القماش اطلاقاً مع انه لامشتري حتى يبدله بقماش ينتفع به، كما اذا لم يكن تفاوت بين القماش المقطع قباءاً وبين القماش غير المقطع .

ومن الواضح ان الاجماع مستند الى ماذكروه من الدليل ، وقد عرفت ورود لاضرر على ذلك الدليل .

أما قول الجواهر : انه يستفاد من العقل والكتاب والسنة فغير ظاهر ، لان الكتاب والسنة قد تقدما ، ولا دلالة فيهما حتى في مورد الضرر والعقل قاض بما ذكرناه لابما ذكروه ، فالاقرب ان له الخيار بين الاخذ بلا ارش اذا لم يكن ارش ، أو مع الارش اذا كان ارش ، وبين رده الى الغاصب وأخذ بدله مثلا أو قيمة .

ومما ذكرناه بالاضافة الى ماتقدم في بعض المسائل السابقة يظهر وجه النظر في كلام المحقق الرشتي حيث قال : وجب على الغاصب ارش النقصان ورد الباقي من غير ان يملكه ، سواء كان الارش بقدر القيمة أم لا ؟ اذ قد عرفت هناك انه من الجمع بين العوض والمعوض ولاوجه له ، وفي مفتاح الكرامة.

وحكى ابن جرير ، عن أبي حنيفة ، انه لو دخل لص دكان رجل فوجد

بغلا وطعاماً ورحى، فصمد البغل وطحن الطعام ملك الدقيق ، فان انتبه صاحب الدكان كان للص قتاله عن دقيقه ، فان أتى الدفع عليه فلاضمان على اللص .

أقول : كأن أبا حنيفة نظر الى انه لما طحن الطعام خرج عن كونه ملكاً لمالكه، وانما تعلق بذمة اللص البدل، لكن هذا الكلام لايلائم الصناعة، حيث قد عرفت ان مقتضى القاعدة تخير صاحب الطعام بين الاخذ مع الارش اذا كان هنالك ارش ، وبين الانتقال الى البدل ، فلم يملك اللص الطعام بمجرد ذلك .

ثم ان الشرائع قال: ولو كان العيب غير مستقر كعفن الحنطة، قال الشيخ: يضمن قيمة المغصوب ولو قيل برد العين مع ارش العيب الحاصل ، ثم كلما ازداد دفع ارش الزيادة كان حسناً ، واستدل الشيخ كما حكى عنه لمذهبه بأنه مشرف على التلف ولو ترك بحاله لفسد ، فهو كأنه تالف .

أما القول المقابل للشيخ كما ذكره الشرائع ، وحكى عن التذكرة والمختلف والارشاد والايضاح ومجمع البرهان وجامع المقاصد فهو ان المالك يأخذه ويأخذ ارشه وقت الدفع، ثم كلما تجدد نقص في المستقبل رجع بارشه حتى يستقر النقص .

وعن الاخير انه قيده بما اذا لم يتمكن المالك من العلاج ، فان تمكن بسهولة ففيه تردد، ورد قول الشيخ بأنه ليس بتالف وان كان قد يؤول الى التلف ثم انه بعد ذلك احتمله قال: ويحتمل دفعه الى الغاصب وأخذ البدل لانه بمنزلة التالف .

أقول : مقتضى القاعدة في هذه المسألة هو ماذكرناه في المسألة السابقة، وهو كتسوس التمر وتخرق الثوب ، لان الدليل في كليهما واحد .

أما قولهم : بأنه كلما ازداد دفع ارش الزيادة فيرد عليه ماذكره الجواهر قال : لكن قد يقال : ان الارش الذي دفعه الغاصب ، انما هو ارش عيب سار على معنى تقويم الحنطة صحيحة بكذا ومعيبة بالعيب المزبور بكذا ، فهو كمال حق المالك فلا وجه لضمان ماتجدد بعده اذ هو حينئذ كرجوع المشتري على البائع بمثل العيب المزبور لوفرض سبقه أوحدوثه في الثلاثة على وجه يكون ضمانه على البائع، ودعوى التزام ذلك فيه أيضاً واضحة المنع ـ انتهى . وهو كما ذكره ، فلاوجه له .

لكن لايبعد أن يكون مرادهم انه فيما اذا أخذ الارش الى ذلك الـوقت لا الارش الذي ذكره الجواهر ، وان كان مقتضى الارش هوماذكره الجواهر لاماذكروه ، فلانزاع معنوى بينهما .

وبذلك ظهر مافي قول القواعد حيث قال: ولوكان العيب غير مستقر كما لو بل الحنطة حتى تعفنت أو اتخذ منها هـريسة ، أومن التمر والسمن حلواءاً فان مصير الهلاك لمن لايريده ، فالاقوى رد العين مع الارش ، وكلما نقـص شيئاً ضمنه على اشكال ينشأمن حصول البراءة بدفع العين وارش النقص، فيجوز أن يعانده المالك بعدم التصرف فيه الى أن يتلـف ، ومن استناد النقص الـى السبب الموجود في يد الغاصب ـ انتهى .

ثم ان المحقق الرشتي نقل في المسألة ثلاثة أقوال .

القول الاول: المشيخ .

والثاني : للمحقق وأكثر من تأخر عنه الى ان قال :

وثالثها : تقويم العين المشرفة الى الهلاك، ودفع القيمة مع العين، نظراً

الى حدوث العيوب المتجددة في يد المالك، فلاوجه لتضمين الغاصب، وهذا الوجه ذكره في المسالك وضعفه بأن وجوب رد الحاصل لايقتضي كونه تمام الحق مع وجوب سبب الضمان الموجب للسراية ، الى آخر كلامه .

لكن الظاهر ان المسالك لم يذكر ذلك ، فان عبارته الموجودة هي هذه قال : وفي المسألة وجه آخر وهو الاقتصار على دفع ارش النقص الموجود الى حين دفعه ، لانه تمام الحق ، ولايجب غيره حينئذ فلا يجب شيء آخر بعد ذلك ، ويضعف بأن وجوب الحاصل لايقتضي كونه تمام الحق مع وجود سبب الضمان الموجب للسراية ـ انتهى .

فانك خبير بأن كلام المسالك انما هو في قبال قولهم : كلما ينقص شيئاً فهو أيضاً مضمون لا انه قال: دفع القيمة مع العين، كما ذكره المحقق الرشتي.

ثم ان المحقق المذكور قال بعد الاقوال الثلاثة: ويمكن أن يفصل بأن يقال سراية العيب الذي حصل من فعل الغاصب مضمونة عليه ، باعتبار التسبيب لا باعتبار اليد ، وأما العيب السماوي فسرايته غير مضمونة، لان العيب المتجدد ليس حدوثه حال كون العين في يد الغاصب ولامستند الى فعله بل الى عيب سماوي ، ولا دليل على ان سراية العيوب السماوية مضمونة عليه ، بخلاف سراية العيب الحاصل من فعله، فان أدلة التسبيب يقتضي ضمانها على المسبب الى آخر كلامه .

وفيه : ان هذا ليس تفصيلا في المسألة ، وانما هو ضم شيء خارج عن المسألة الى ما في المسألة كما لايخفى .

نعم بعد ذلك ذكر كلاماً تبعاً للمحقق والشهيد الثانيين وهو ما لابأس به قال : ان اطلاق كلمات الاصحاب في هذا المقام لابد أن ينزل الى العيب

غير المستقر الذي لايتمكن المالك من علاجه، لوضوح ان سراية العيب الذى يتمكن من اصلاحه غير مستند الى العيب الاول الذي أحدث في يد الغاصب لان المالك بتركه الاصلاح أولى باستناد العيب اليه، وهذا ماقلناه في باب التخلل من ان تخلل الفعل الاختياري بين السبب وبين التلف يوجب سلب الاستناد العرفي الى المسبب ، الى اخر كلامه ، وهو جيد كما لايخفى والظاهر ان مراد الفقهاء أيضاً ذلك لامطلقاً .

ومنه يعلم وجه النظر في قول الجواهر حيث قال : قلت يمكن منع عدم الضمان في الجرح ، بل نفي الخلاف بعضهم عن الضمان لوجرحه فترك المداواة حتى مات، قال : لان السراية مع ترك المداواة من الجرح المضمون على الجارح .

نعم لو فصده الفصاد مداواة لمرضه بأمر الطبيب فترك شده ، أو ترك كل منهما شده حتى نزف الدم فمات، فخيرة الكتاب والتحرير والارشاد والتلخيص انه لاضمان على الفصاد .

واستشكل فيه الفاضل في القصاص من استناد الموت الى سراية الجرح، فهو كغيره من الجراحات التي يحمل المجروح مداواتها، وعلى كل حال فما نحن فيه من الاول ـ انتهى. اذ لاوجه لذلك على ما عرفت .

قال في الشرائع : ولو كان المغصوب بحاله رده ولايضمن تفاوت القيمة السوقية .

وقال في المسالك: كمالو غصب ما قيمته عشرة ورده بحاله ، وقد عادت قيمته الى درهم ، فانه غير مضمون عند أكثر أهل العلم ، لان الفائت رغبات

الناس لاشيء من المغصوب فانه عينه موجودة، فالواجب ردها، وقدأتى به .

ونحوه في ذلك كلام القواعد قال : ولو عادت قيمته بالابلاء الى خمسة ثم انخفض السوق فعادت قيمته الى درهم ، لزمه مع الرد الخمسة الناقصة بالابلاء، ولايغرم مانقص بالسوق من الباقي . ونقله مفتاح الكرامة عن التذكرة وجامع المقاصد أيضاً .

وقال في الجواهر : بلاخلاف أجده فيه بيننا ، خصوصاً اذا فات القيمة ثم عادت الى ماكانت وقت الغصب ، نعم لو كان التفاوت بسبب نقصان في العين ضمن ذلك ـ انتهى .

لكن يرد عليه ان مقتضى القاعدة ضمان التفاوت، فاذا غصبه وهو يسوي عشرة ويريد المالك بيعه مما سبب اضرار المالك عرفاً حيث رده اليه وتسوي قيمته درهم ، فانه يلزم عليه رد العين مع تسعة دراهم ، لانه هو الذي أضر المالك بهذا القدر ، وأي فرق بين هذا وبين ردّه الجمد في الشتاء ، حيث أغتصبه في الصيف ، أو ردّه الماء على النهر حيث أغتصبه في مكان شديد الحرارة للماء قيمة مرتفعة ، وقد ذكرنا في مسألة غصب الحر ماينفع المقام ، كما ستأتي مسئلة الماء والجمد .

قال في مفتاح الكرامة ، عند قول العلامة : ولايكفي رفع يد المالك، بل قد نقول انه يتجه الضمان اذا منعه من بيع متاعه في السوق، فنقصت قيمته مع بقاء العين وصفاتها لصدق الاضرار المنفي شرعاً (الى أن قال :) والشهيد في بعض فتاواه حكم بالضمان في ذلك .

قال في الشرائع : فان تلف المغصوب ضمنه الغاصب بمثله ان كان مثلياً.

وفي مفتاح الكرامة عند قول العلامة : وغير الحيوان يجب ضمانه بالمثل

ان كان مثلياً . قال كما فـي الخلاف والمبسوط و الوسيلة و الغنية والسرائر والشرائع والنافع وسائر ماتأخر عنها الى الرياض ، وبه طفحت عباراتهم في أبواب المعاملات، بل وغيرها يأخذونه في الجميع مسلماً، وفي جامع المقاصد الاجماع عليه، وفي ظاهر كشف الرموز وصريح الرياض نفي الخلاف فيه .

وقال في غاية المراد : اطبق الاصحاب على ضمان المثلي بمثله ، الا ما يظهر من ابن الجنيد، فانه قال: ان تلف المضمون ضمن قيمته أومثله ان رضي صاحبه ، قال : ولعله يريد القيمي ـ انتهى .

وفي الجواهر عند قول المصنف المتقدم : بلاخلاف معتد به أجده فيه ، كما اعترف به بعضهم ، بل هو من قطعيات الفقه كما يومى اليه أخذه مسلماً في سائر أبوابه .

وفي جامع المقاصد: الاجماع عليه، الى أن قال : لكن لم نعثر في شيء مما وصلنا من الادلة عدا معقد الاجماع والفتاوى على المثلي والقيمي عنواناً فيرجع فيهما كغيرهما الى العرف بعد انتفاء الشرع .

أقول : هناك نصوص وردت بلفظ المثل والقيمة، كما ان هناك مثل على اليد ماأخذت حتى تؤديه ، و مثل من أتلف مال الغير فهـو له ضامن [1] ، و مثل الغصب كلّه مردود [2] ، فمن ألفاظ المثل قوله تعالى : ﴿ فمن اعتدى عليكـم فاعتدوا عليه بمثل مااعتدى عليكم ﴾ [3] .

---

(١) الوسائل : ج ١٨ ص ٢٣٩ الباب ١١ من أبواب الشهادات ح ٢ .
(٢) الوسائل : ج ٦ ص ٣٦٥ الباب ١ من الأنفال ح ٤ .
(٣) سورة البقرة : آية / ١٩٤ .

وقوله سبحانه: ﴿وجزاء سيئة سيئة مثلها﴾[١].

وقوله تعالى: ﴿وان عاقبتم فعاقبوا بمثل ماعوقبتم به﴾[٢].

وعن زرارة قال: قلت لابي جعفر عليه السلام: الرجل يشتري الجارية من السوق فيولدها ثم يجيء الرجل فيقيم البينة على انها جاريته لم يبع ولم يهب؟ فقال: يرد اليه جاريته ويعوضه بما انتفع، قال: كان معناه قيمة الولد[٣].

وعن جميل بن دراج، عن بعض أصحابنا، عن أبي عبدالله عليه السلام: في رجل اشترى جارية فأولدها فوجدت الجارية مسروقة؟ قال: يأخذ الجارية صاحبها، ويأخذ الرجل ولده بقيمته[٤].

وعن زرارة قال: قلت لابي عبدالله عليه السلام: رجل اشترى جارية من سرق المسلمين فخرج بها الى أرضه فولدت منه أولاداً، ثم ان أباها يزعم انها له، وأقام على ذلك البينة؟ قال: يقبض ولده ويدفع اليه الجارية، ويعوّضه في قيمته ماأصاب من لبنها وخدمتها[٥].

وعن جميل بن دراج، عن أبي عبدالله عليه السلام، في الرجل يشتري الجارية من السوق فيولدها، ثم يجيء مستحق الجارية؟ قال: يأخذ الجارية المستحق، ويدفع اليه المبتاع قيمة الولد، ويرجع على من باعه بثمن الجارية وقيمة الولد التي أخذت منه[٦].

---

(١) سورة الحج: آية / ٦٠.
(٢) الوسائل: ج ١٤ ص ٥٩١ الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٢.
(٣) الوسائل: ج ١٤ ص ٥٩٢ الباب ٨٨و من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٣.
(٤) الوسائل: ج ١٤ ص ٥٩٢ الباب ٨٨ من أبواب ح ١.
(٥) الوسائل: ج ١٤ ص ٥٩٢ الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٤.
(٦) الوسائل: ج ١٤ ص ٥٩٢ الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٥.

وفي صحيحة أبي ولاد قال : أكتريت بغلا الى قصر ابن هبيرة ذاهباً وجائياً بكذا وكذا ، وخرجت في طلب غريم لي ، فلما صرت قرب قنطرة الكوفة خبرت ان صاحبي توجه الى النيل، فتوجهت نحو النيل، فلما أتيت النيل خبرت انه توجه الى بغداد، فاتبعته فظفرت به ورجعت الى الكوفة، الى ان قال: فأخبرت أباعبدالله عليه السلام ؟ فقال : أرى له عليك مثل كراء البغل ذاهباً من الكوفة الى النيل، ومثل كراء البغل من النيل الى بغداد، ومثل كراء البغل من بغداد الى الكوفة وتوفيه اياه، قال: قلت: قد علفته بدراهم فلي عليه علفه ؟ قال: لا لانك غاصب، فقلت: أرأيت لوعطب البغل أو نفق أليس كان يلزمني؟ قال: نعم، قيمة بغل يوم خالفته ، قلت: فان أصاب البغل كسر أو دبر أو عقر؟ فقال: عليك قيمة مابين الصحة والعيب يوم ترده عليه، قلت: فمن يعرف ذلك؟ قال: أنت وهو، أما ان يحلف هو على القيمة فتلزمك، فان ردّ اليمين عليك فحلفت على القيمة لزمك ذلك، أويأتي صاحب البغل بشهود يشهدون ان قيمة البغل حين أكترى كذا وكذا فيلزمك[1] ـ الحديث .

وفي نوادر مايتعلق بأبواب [كتاب الغصب] من مستدرك الوسائل ، عن دعائم الاسلام، عن أبي جعفر عليه السلام انه قال: اذا اغتصب الرجل أمة فهلكت عنده فهو ضامن لقيمتها، فان كان قد وطئها فعلقت منه ، ثم استحقها صاحبها فأخذها وهي حبلى فماتت من النفاس، فالغاصب ضامن لقيمتها[2].

وعن أمير المؤمنين عليه السلام انه قضى فيمن قتل دابة عبثاً، أوقطع شجراً، أو

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣١٣ الباب ٧ من كتاب الغصب ح ١ .

(٢) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٧ الباب ٩ من نوادر كتاب الغصب ح ٢ .

أفسد زرعاً، أوهدم بيتاً، أو عور بئراً أونهراً ان يغرم قيمة ما استهلك وأفسد، وضرب جلدات نكالا، فان أخطاء ولم يتعمد ذلك فعليـه الغرم ولا حبس ولا أدب، وما أصاب من بهيمة فعليه مانقص من ثمنه.(١)

وكذا ورد في جملة من الروايات مايشبه هذين اللفظين، مثل ماعن الدعائم، عن أبي عبـدالله عليه السلام فيمن نال من رجل شيئاً من عرض أو مـال وجب عليه الاستحلال من ذلك، الى ان قال: وان فوتها المغتصب أعطى العوض منها، فان لم يعرف أهلها تصدق بها عنهم على الفقراء و المساكين، و تاب الى الله عزوجل ممافعل،(٢) الى روايات اخر تقدم بعضها:

مثل ما عن النبي صلى الله عليه وآله قال: لايأخذن متاع أخيه جاداً ولا لاعباً، من أخذ عصا أخيه فليردها.(٣)

و روي الشيخ، عن الخلفاني قال: كنت عند أبي عبدالله عليه السلام يوماً اذ دخل عليه رجلان من أهل الكوفة من أصحابنا، فقال أبو عبدالله: أعرفتهما؟ قلت: نعم هما من مواليك، فقال: نعم الحمدلله الذي جعل أجلة موالي من العراق.

فقال له أحد الرجلين: جعلت فداك انه كان على مال لرجل ينسب الى بني عمار الصوارف بالكوفـة، وله بذلك ذكر وحق وشهود، فأخذ المال ولـم استرجع منه الذكر بالحق، ولا كتبت عليه كتاباً، ولاأخذت منه برائة، وذلك

---

(١) المستدرك: ج ٣ ص ١٤٧ الباب ٩ من نوادر كتاب الغصب ح ٦.
(٢) المستدرك: ج ٣ ص ١٤٥ الباب ١ من نوادر كتاب الغصب ح ٢.
(٣) المستدرك: ج ٣ ص ١٤٦ الباب ١ من نوادر كتاب الغصب ح ٦.

لاني وثقت به، وقلت له: مزق الذكر بالحق الذي عندك، فمات وتهاون بذلك ولم يمزقها، وأعقب هذا ان طالبني بالمال وراثه وحاكموني، وأخرجوا بذلك الذكر بالحق، وأقاموا العدول فشهدوا عند الحاكم ، فباع على قاضي الكوفة معيشة لي، وقبض القوم المال ، وهذا رجل من اخواننا ابتلى بشراء معيشتي من القاضي ، ثم ان ورثة الميت أقرّوا بأن المال كان أبوهم قد قبضه، وقد سألوه ان يرد على معيشتي ويعطونه في انجم معلومة، فقال: اني احب انتسأل عن أبي عبدالله عليه السلام عن هذا؟ فقال الرجل: جعلت فداك كيف أصنع ؟

قال: عليك أن ترجع بمالك على الورثة، وترد المعيشة على صاحبها ، وتخرج يدك عنها، قال: فاذا أنا فعلت ذلك له ان يطالبني بغير ذلك؟ قال: نعم له ان يأخذ منك ماأخذت من الغلة من ثمر الثمار، وكل ماكان مرسوماً في المعيشة يوم اشتراها يجب أن ترد كل ذلك، الاماكان من زرع زرعته أنت ، فان للمزارع أما قيمة الزرع، وأما أن يصبر عليك الى وقت حصاد الزرع ، فان لم يفعل كان ذلك له ورد عليك القيمة، وكان الزرع له .

قلت جعلت فداك فان كان هذا قد أحدث فيها بناءاً وغرساً؟ قال: له قيمة ذلك، أويكون ذلك المحدث بعينه يقلعه ويأخذه، فقلت : جعلت فداك أرأيت ان كان فيها غرس أوبناء فقلع الغرس وهدم البناء؟ فقال: يرد ذلك الى ماكان ، أويغرم القيمة لصاحب الارض، فاذا ردّ جميع ماأخذ من غلاتها الى صاحبها ورد البناء والغرس وكل محدث الى ماكان، أو رد القيمة، كذلك يجب على صاحب الارض أن يرد عليه كل ماخرج عنه في اصلاح المعيشة من قيمة

غرس أو بناء أو نفقة في مصلحة المعيشة ، ورفع الفوائد عنها ، كل ذلك فهو مردود اليه[١].

وفي باب عدم جوار بيع الدين بالدين، عن محمد بن الفضيل قال: قلت للرضا عليه السلام : رجل اشترى ديناً على رجل ، ثم ذهب الى صاحب الدين فقال له: ادفع الي ما لفلان عليك فقد اشتريته منه ؟ قال: يدفع اليه قيمة مادفع الى صاحب الدين، وبرء الذي عليه المال من جميع مابقى عليه[٢].

وفي بعض الروايات التعبير بأداء الحق، فعن جعفر بن محمد، عن آبائه، عن النبي صلوات الله عليهم أجمعين، في حديث المناهي، انه قال: ومن مطل على ذي حق حقه وهو يقدر على أداء حقه ، فعليه كل يوم خطيئة عشار[٣]، الى غيرها من الروايات الموجودة في مختلف الابواب .

وبذلك يعرف انه في الغصب يجب رد العين ان أمكن، لانه هو ماأخذته اليد، فقوله: على اليد ماأخذت حتى تؤديه[٤]. معناه أداء نفس ذلك المأخوذ ، ولانه ملك لصاحبه اذ لم يتحول بسبب الغصب عن ملكية صاحبه ، فيلزم أدائه اليه لان الغصب كله مردود .

أما اذا لم يمكن رد العين، فاللازم رد المثل في المثليات، اذ المثل أقرب الى مثله من القيمة ، فاذا لم يمكن رد المثل تحول الى القيمة ، لانه أقرب الى

---

(١) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٦ الباب ٢ من نوادر كتاب الغصب ح ١ .
(٢) الوسائل : ج ١٣ ص ١٠٠ الباب ١٥ من كتاب الدين والقرض ح ٣ .
(٣) الوسائل : ج ١٣ ص ٨٩ الباب ٨ من كتاب الدين والقرض ح ٢ .
(٤) المستدرك : ج ٢ ص ٥٠٤ الباب ١ من كتاب العارية ح ١٢ .

الشيء المغصوب ، وعليه ، فلا حق له في ردّ المثل أو القيمة مادامت العين موجودة .

واذا تلفت العين لا حق له في رد القيمة مادام المثل موجوداً، كما لاحق لــه في ردّ شيء آخر ، كما اذا غصب منه السكر فانه لا حقّ له في أعطائه الشاي .

أما اذا لم يكن المثل موجوداً، كان اللازم رد القيمة، لاأن يرد بدل البغل مثلا حماراً ولو بتلك القيمــة، لان الحمار ليس أقرب الى البغل من القيمة ، فان العرف يرون انه اذا لم يمكن المثل انتقل الامر الى القيمة ، لا الى شيء آخر يساويه في القيمة، وقد تكرر في الروايات السابقة لفظ القيمة .

ثم ان الصفات الموجودة في التالف بيدالغاصب على ثلاثة أقسام :

الاولى : ما يؤثر في المالية ويتفاوت بتفاوتها الاغراض كالحنطة العراقية والايرانية ، والبيضاء والسوداء وما أشبه ، ولاشك في اعتبار هذه الصفات في المماثلة .

الثانيــة : ما لا يؤثر في المالية ولا في اختلاف الاغراض ككون العين المغصوبة، مثلا: أصلها مال فلان، أو زرعت في بستان زيد لا في بستان عمرو أوماأشبــه، فان هذه الامور لا اعتبار بها في المماثلة عرفــاً ، ولا تختلف بها الاغراض، ولااشكال في عدم اعتبار مثل هذه الصفات في باب المماثلة .

الثالثة: مايتفاوت بها بعض الاغراض دون بعض، وان لم يكن فيهاتفاوت عند عامة العقلاء، ولاتؤثر في المالية، مثلا: الشاة يراد منها اللحم ونحوه، ولا يراد منها أن يكون له قرن أم لا؟ وهل تعتبر مثل هذه الصفات ؟ الظاهر انه لا

اعتبار بها، حيث ان العبرة عند عامة العقلاء في المماثلة، لا عند بعض خاص، ولعل اصالة عدم تعلق الخصوصية غير العقلائية بالذمة هي المحكم، فاذا أصر المالك المغصوب منـه على تلك الخصوصية لم يلزم استجابتـه ، كما لايلزم استجابته اذا طلب الخصوصية غير العقلائية، كماتقدم في القسْم الثاني .

قال المحقق الرشتي: الخصوصيات على أقسام منها مايؤثـر في المالية ، ويبذل في مقابلها المال كالحبشية في العبد والبياض في الحنطة ونحوهمامثلا ومنها ما لا يؤثر فيها شيئاً ، لكنه مما يتعلق بـه الغرض العقلائي، والمراد بـه ما يكون مرغوباً اليه عند آحاد العقلاء وبعض أشخاصهم ، لا عند عامتهم أو أكثرهم، فان مثل ذلك يؤثر في جهة المالية قطعاً، ومنها ماليس كذلك ككون العين المغصوبة مثلا أصلها مال فلان، أو ارثاً من زيد أونحو ذلك، فانأمثالها أغراض سفهية ليس لها محل في الشرع أصلا، حتى ان اشتراطها فى المبيع لغو جداً ولايؤثر شيئاً .

ولا شبهة في اعتبار القسم الاول، كما لاشك في عدم اعتبار القسم الاخير لان المساوات العرفية المطلوبـة بين البدل والمبدل لا تفوت بفوت مثل هذه الاوصاف عرفـاً ، لما بها من عدم الواقع عند العقلاء فصار غير معتـن عند الشارع أيضاً، والمراد بأعتبار الاول في التدارك هو جعل كل واحد من تلك الخصوصيات عنواناً كلياً، فيقال: في التالف الحبشي، مثلا : ان المستقر في ذمة الغاصب العبد الحبشي، وهكذا سائر الخصوصيات .

وفي مراعاة القسم الثاني اشكال ، من ان القاعدة المزبورة المقررة تعـم الخصوصيات، والاوصاف الموجودة في التالف بأسرها كما ذكرنا خرج منه

الاوصاف المتعلقة بها غرض المالك سفهاً تخصيصاً للادلة ، ومن ان غير الاموال لايعوض بها شرعاً ولايجري فيها العقود المعاوضية ، فيكشف من انه ليس لها بدل أيضاً في الشرع، والجمود على عموم القاعدة المزبورة المستفادة من الادلة يقتضي الاول ، الا ان يظهر في وجدان الفقيه من مهارته المخرج ـ انتهى .

لكن قوله: حتى ان اشتراطها في البيع لغو جداً، ولايؤثر شيئاً،فيه نظر ، اذ لاوجه لعدم عموم دليل الشرط لمثل ذلك، ولاتلازم بين الامرين حتى يقال: اذا لم يلزم مثل ذلك الوصف، لانه ليس داخلا في المثلية والعقلائية في باب الغصب ونحوه لايلزم حتى اذا شرط ذلك .

ثم انا قد ذكرنا سابقاً وجوب رد المثل أوالقيمة، وان كانت العين موجودة في مورد بدل الحيلولة والمسوس والمبتل وما أشبه .

ومماتقدم يظهر، ان ماذكره المقدس الاردبيلي فيما حكى عنه هو مقتضى القاعدة، فانه بعد ان أشكل فيما ذكروه من تعاريف المثل قال مامحصله : ان تحقيقه مشكل جداً، وهو مبنى أحكام كثيرة، والذي تقتضيه القواعد انه لفظ عليه أحكام للاجماع والكتاب والسنة ، وليس له تفسير في الشرع ، وماذكر مجرد اصطلاح فيمكن ان يحال الى العرف ، وهو كل مايقال : ان لهذا مثلا عرفاً يؤخذ به، فان تعذر أولم يكن أصلا فالقيمة، بل ينبغي ملاحظة مثل المتلف فلايجزى مطلق الحنطة عن الصنف الخاص المتلف، بل لافرق بينها وبين الثوب ، بل والفرس وغيرهما اذا كان لهما أمثال عرفية ـ انتهى .

ولايرد عليه ماذكره الجواهر حيث قال : لكن ذلك كله كماترى مخالف

للاجماع بقسميه، بل ولما هو كضروري الفقه بين العامة والخاصة، فيمكن ان يقال: بملاحظة ذلك وملاحظة الامر بالقيمة في الحيوانات والمنافع و السفرة الملتقطة في الطريق وكان فيها بيض ولحم وغيرهما، وغير ذلك مما ورد فيه الامر بالقيمة وله أمثال عرفية، انه لايراد المثل العرفي بل هو شيء فوق ذلك وهو المماثلة في غالب ماله مدخلية في مالية الشيء، لا المماثلة من كل وجه المتعذرة، ولا مطلق المثل العرفي الذي يطلق مع وجود جهة الشبه فى الجملة، وهذا لايكون الا فى الاشياء المتساوية المتقاربة فى الصفات و المنافع، والمعلوم ظاهرها وباطنها.

ومن هنا كان الحيوان قيمياً بأعتبار انه وان وجد له مثل عرفاً، ولكن لم يعلم باطنه المختلف أشد اختلاف، وكذا الثوب، بل والارض التي فيها قطع متجاورات، والمنافع المختلفة كل الاختلاف بأعتبار الاستيفاء، وفرض وجوب المثل المنطبق على المعنى المصطلح في بعض الافراد لايوافق قواعد الشرع فلذا كان المدار على النوع بل الصنف ـ انتهى.

اذ يرد عليه أولا: انه لماأطلق المثل ولم يعين من قبل الشرع يلزم أن يكون المراد المثل العرفي، كما ذكره المقدس الاردبيلي كسائر المواضع التي أطلق الشارع فيها المثل، أو الذي أطلق الشارع فيها موضوعاً ولم يحدده، فان المرجع فى فهم ذلك الموضوع العرف.

وثانياً: انه لااجماع بقسميه مخالف لماذكره المقدس الاردبيلي، فان كثيراً من الفقهاء أطلقوا لفظ المثلي والقيمي، ولم يعلم انهم أرادوا غير مايفهم منهما عرفاً، وحتى ان تفسيرهم بالمثلي بمايتساوي قيمة أجزائه لا يدل على انهم

يريدون شيئاً يخالف العرف ، حتى يكون كما ذكره الجواهر هو شيء فوق ذلك .

وثالثاً: ان مافي بعض الروايات من الامر بالقيمة في الحيوان، كصحيحة أبي ولاد وماأشبه، لايمكن أن يستفاد منه قاعدة كلية، بل لايمكن أن يستفاد منه ان المراد بالقيمة القيمة في مقابل المثل ، فان المثل والقيمة كل واحد منهما يطلق على الاخر، فيما اذا لم يكن هنالك قرينة على التقابل بينهما ، وقد تقدم في حديث الامام الرضا عليه السلام اطلاق القيمة وأرادة المثل[1]، لان ماذكر فيه مثلي وليس بقيمي على الاصطلاح .

ورابعاً : ان كون الثوب والارض من القيميات أيضاً محل اشكال و خلاف .

ولذا قال في جامع المقاصد : ان الثوب مثلي على ما نقله عنه مفتاح الكرامة .

وكيف كان ، فمما يؤيد ان ليس مراد الفقهاء غير العرف في المثلي و القيمي مانقله مفتاح الكرامة، عن الاستاذ بقوله: لعل المراد التساوي المتعارف المعتد به عند أهل العرف، أي الذي يكون متساوي الاجزاء عرفاً يكون مثلياً، وغير المتساوي كذلك غير مثلي .

وما ذكرناه هو الذي استظهره السيد العاملي حيث قال في أواخر كلامه: وكيف كان، فالظاهر ان المدار في هذه التعاريف على العرف ، اذ ليس للمثل تفسير في الشرع ، والظاهر ان المعنى اللغوي غير مراد ، فان المثل لغة هو

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ١٠٠ الباب ١٥ من أبواب الدين والقرض ح ٣ .

المشابه والمماثل في الجملة كما صرح بـه في مسألة لايستوى ، وقالوا : ان المراد المساواة بحسب العرف ، لامن بعض الوجوه ولامن جميع الوجوه فان الاول موجودفي الكل، والثاني موجب للاتحاد والعرف اذالميتساهل ولم يتسامح قضى على الظاهر ، الى آخر كلامه .

أما قول الجواهر: المعلوم ظاهرها وباطنها، ففيه ان مثل الحنطة أيضاً ليس معلوماً ظاهرها وباطنها ، فان اريد العلم بجميع الخصوصيات فلايتوفر حتى في المثلي الذي ذكروه ، وان اريد العلم في الجملة مما يعرفه أهـل الخبرة فذلك موجود حتى في الحيوان .

نعم ، قول المحقق الاردبيلي بعدذلك : انه ان اريد التساوي بالكليات ، فالظاهر عدم صدقه على شيء من المعرف ، اذ مامن شيء الا وأجزائه مختلفة في القيمة في الجملة ، مثـل الحنطة و الشعير و جميع ما قيل انـه مثلي، فان قفيزاً من الحنطة يساوي عشرة، وآخريساوى عشرين ، وبالجملة التفاوت معلوم ، وان اريد التساوي في الجملة فهو في القيمي أيضاً موجود مثل الثوب والارض ونحوهما، وان اريد مقداراً خاصاً فهوحوالة علىالمجهول ـ انتهى.

فيه ماذكرناه سابقاً من ان المثل على ثلاثـة أقسام، والعرف يحكم بعـدم الخصوصية في مثل، والخصوصية في مثل، وعدم المماثلة المطلوبة في المقام في مثل ، وقد أشار هو (قدس سره) فيآخر كلامه الى ذلك فقال ماحاصله: كل شيء يكون له مثل في العرف يؤخذ بدلا كالحنطة ، ولايؤخذ كل حنطة بل الحنطة التي هي مثل ماأتلفها عرفاً وقيمة، فتؤخذ الجيدة بدل الجيدة، ولا تؤخذ الرديئة بدل الجيدة وبالعكس ، بل اذا كان ثوب مثل ثوب آخر في لونه

وصورته وقيمته ، بحيث لايفرق أهل العرف بينهما كان مثلا له ، وكذلك الشأن في الملاعق والمغارف والاشعار والأوبار ونحو ذلك ـ انتهى .

مع لزوم ملاحظة ان قوله : تؤخذ الجيدة بدل الجيدة لايراد أيضاً مطلقاً لان الجودة أيضاً مختلفة ، كما ان الردائة أيضاً مختلفة .

والحاصل: لزوم احالة الأمر الى العرف كما تقدم، فانالعرف هوالمحكم في الموضوعات التي لم يتصرف الشارع فيها زيادة ونقصاً .

وقد عرفت وجود كلمة المثل وكلمة القيمة ، بل وكلمة ماأخذت ونحو ذلك في الروايات ، بل يمكن أن يقال : انه لو لم تكن تلك الكلمات ، أو قلنا بعدم دلالتها لزم الرجوع الى ذلك أيضاً ، فان العريف يرون المثل ثم القيمة على التفصيل المتقدم، وحيث لم يتصرف الشارع فيما يراه العرف كان امضاءاً له ، كما ذكروا مثله في باب المعاملات وغيرها .

وكيف كان فقد قال في الشرائع في بيان تعرف المثلي : وهو مايتساوى قيمة أجزائه .

وقال في مفتاح الكرامة عند قول العلامة : وهو ماتتساوى قيمة أجزائه ، كما في الخلاف والمبسوط والغنية والسرائروالمسالكوالنافع وكشفالرموز والتذكرة والتحرير والمهذب البارع والمقتصر والتنقيح ، وفي الكفاية انه المشهور. وقد زاد الشيخ وابن زهرة، وكذا المصنففي التذكرة بعدالتعريف المذكور التمثيل بقولهما كالحنطة والشعير وغيرهما من الحبوب والادهان ، وماأشبه ذلك .

وعن التحرير : انه ماتماثلت أجزائه وتقاربت صفاته .

وعن الدروس والروضة: انه المتساوي الاجزاء والمنفعة المتقارب الصفات.

وعن المسالك والكفاية: ان تعريف الدروس أقرب التعريفات الى السلامة.

وعن غاية المراد : انه ماتتساوي أجزائه في الحقيقة النوعية .

وعن التذكرة : انه نقل عن بعض فقهاء العامة تعريفه بأنه كل مقدر بكيل أو وزن، وزاد بعضهم اشتراط جواز بيعه سلماً، لان السلم يثبت بالوصف في الذمة ، وعن بعضهم اشتراط جواز بيع بعضه ببعض لتشابه الاصلين .

ثم قال في مفتاح الكرامة: والمراد بتساوي قيمة أجزائه تساوي قيمة أجزاء النوع منه كالحبوب والادهان، فان المقدار من النوع الواحد يساوي مثله في القيمة ، ونصفه يساوي نصف قيمته ، وقد نقضوه بالثوب والارض، فان قيمة أجزائهما متساوية ، وليسا مثليين وفيه منع ، فان ذراعاً من الثوب أو الارض قد يسوى درهماً، والاخر نصف درهم أو لايسوى شيئاً، فان حصلت المساوات عرفاً قلنا هما مثليان ولامانع ، و الظاهر ان الجميع أشاروا الى شيء واحد ، لا ان مافي بعض عبائرهم تخالف مافي البعض الاخر ، وانّما هي اختلاف التعبيرات .

وقد قلنا سابقاً: ان المثلي عرفي، سواء قلنا بأن لفظ المثل ورد في الشرع كما هو الظاهر ، أو لم نقل بذلك ، وانما قلنا : بان على اليد ماأخذت حتى تؤدّيه ونحوه يستفاد منه المثل ، وحيث ان الفقهاء من العرف فكلهم أشاروا الى ذلك الشيء الواحد الذي في أذهانهم ، متخذين من العرف معياراً فيما ذكروه من التعريفات .

ولذا رجع الجواهر بعد قوله السابق الذي حكيناه عنه ، وأوردنا عليه قائلا: وعلى كل حال، فقد ظهر لك من جميع ماذكرنا ان المثلي المصطلح، هو الذي يمكن لعقلاء العرف الحكم بمثل له مساو، فيما له مدخلية في ماليته في غالب صنفه ، وماليس كذلك فهو قيمي ولو لان المغصوب مثلي معيب، ولم يكن في غالب صنفه معيب كذلك، فيكون الحاصل ان المراد بالمثلي في كلامهم هو الذي له مثل ، بمعنى انه مساو له في جميع ماله مدخلية في ماليته من صفاته الذاتية، لا العرضية كالمكان والزمان على وجه يكون غالباً في صنفه، وماعداه قيمي .

ومما تقدم ظهر ، انه ليس الاعتبار بالجنس والنوع والوصف فقط ، بل يشمل أيضاً صنف الصنف، وصنف صنف الصنف، ثم ان اشكالهم في الثوب والانية ونحوهما بكونها قيمية وليست مثلية ، الظاهر انه انما كانت في الزمان السابق ، حيث كانت تعمل هذه الامور باليد ، أما في مثل أزمنتنا حيث تعمل بالمكائن ، فلااشكال في كونها مثلية .

وبذلك ظهر ، ان النقدين في زماننا أيضاً مثلي ، سواء كان من الذهب والفضة ، أو النقود الورقية وماأشبه ، وان استشكلوا فيهما بالنسبة الى الزمان السابق ، حيث اختلاف السكة ونحوها ، كما ظهر ممّا تقدم ان الاصل هو المثلية، وان القيمية خارجة عن ذلك لابالاجماع والاخبار فحسب كما ذكره المحقق الرشتي ، بل لان مثل الغصب كله مردود ونحوه ، انما يفيد القيمي بعد تعذر المثلية أو تعسرها .

اللهم الا أن يريد بالاخبار أعم من ذلك قال: ولعل السرفية لزوم الحرج الشديد والضيق الاكيد من الالزام فيها لتعذر تحصيل مثل القيمي في الغالب.

أما قوله : بعد ذلك ثم" بعد وجدان البدل بصفات المبدل المشار اليها يتحقق التدارك، ولو لم يكن مساوياً له في المالية ، لان نقصان المالية في هذا الفرض مستند الى مختلف الرغبات الغير المضمونة قطعاً ، كما صرح به غير واحد ، الى آخر كلامه .

فقد عرفت وجه النظر فيه، وانه خلاف ظاهر الادلة المعتبرة للمثل أو الرد.

قال في الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: فان تعذر المثل المجبور بعد ان كان موجوداً حين تلف المغصوب كما في التذكرة والمسالك وغيرهما، ضمن قيمته أي المثل ، بلاخلاف أجده فيه ، بل قيل انه اجماعي لنفي الضرر وقبح التكليف بما لا يطاق والاضرار بتأخير الحق ، فتعينت القيمة المزبورة جمعاً بين الحقين ـ انتهى .

وقال في القواعد : فان تعذر فالقيمة يوم الاقباض لا الاعواز .

وفي مفتاح الكرامة : أما انه ينتقل الى القيمة عند التعذر فهو مما طفحت به عباراتهم، بل هو اجماعي، وأما انها تلزم يوم الاقباض لا الاعواز، فمما صرح به في الخلاف والمبسوط والغنية والسرائر والتحرير والتذكرة والدروس و جامع المقاصد و المسالك ومجمع البرهان، وهو قضية كلام من اقتصر على لزوم القيمة يوم الاقباض كالارشاد وغيره، والحاصل : اني لم أجد مخالفاً منا في ذلك الى آخر كلامه.

قلت : لانه مكلف بالرد، فاذا لم يتمكن من الرد للمثل انتقل الى القيمة، حيث ان القيمة أقرب الى المثل عرفاً في المغصوب و نحوه .

لايقال : مقتضى القاعدة رد الاقرب الى المثل وهو في الحيوان حيوان مثله

مثلا، فاذا تعذرت الشاة رد الصخلة وبالعكس ، واذا تعذر الديك رد الدجاجة وبالعكس، لاأن يعطي القيمة كما ذكروا مثل ذلك في الوقف والوصية والنذر اذا تعذر المصرف بعينه ، حيث قالوا بالانتقال الى الاقرب.

لانه يقال: ماذكروه في الابواب الثلاثة لاينظر به، لانه من باب الارتكاز، وليس المقام من ذلك الباب، بل المقام من جهة ان الغاصب غصب من المغصوب منه شيئين عند التحليل الجسم و الروح ، فاذا تعذر الجسم بقى الروح و هو القيمة، أما أن يجعل جسماً آخر في ضمن ذلك الروح، فلا وجه له، و لذا لو أراد الردفي جسم آخر لم يجب على المغصوب منه القبول .

وبذلك جرت سيرة العقلاء ، بالاضافة الى الروايات الواردة بدفع القيمة مما لها اطلاق ، الا ماخرج في مثل المثلي، بل يصدق عرفاً على القيمة المثل اذا تعذر المثل ، فيشمله مثل: ﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾[1] وغيره من أدلة المثل، فهما مثلان : مثل أقرب، ومثل أبعد، ولايرجع الى الابعد مادام الاقرب، أما اذا تعذر الاقرب فالمرجع الأبعد.

نعم يمكن أن يقال: انه اذا كان المثل ممكناً في وقت آخر ، و لم يكن بقائه في ذمه الغاصب ضرراً عليه منفياً بلاضرر، ولم يرض المغصوب منه بالقيمة، كان اللازم على الغاصب الصبر، حتى يتحصل المثل فيرده عليه .

ولذا قال في الجواهر: لكن قدينا قش في كلامهم ان لم يكن اجماعاً بأن ذلك لايقتضي وجوب القبول على المالك لو دفع الغاصب، فان له التأخير الى حال التمكن من المثل، اللهم الا أن يكون ذلك ضرراً على من عليه الحق، و

---

(١) سورة البقرة : آية / ١٩٤ .

لو باعتبار بقاء ذمته مشغولة، بناءاً على ان مثله ضرر منفي أيضاً، وفيه تأمل.

أو يقال : انه مقتضى قوله عليه السلام : المغصوب مردود [١]، بناءاً على ارادة ما يشمل رد المثل أو القيمة من الرد فيه ، فيكون ذلك تكليفاً للغاصب ، فيجب القبول على من له الحق مع دفع الحق ـ انتهى.

ومثل ذلك يقال : في مورد بدل الحيلولة، فانه اذا تمكن الغاصب من رد العين ولو بعد مدة، كان للمغصوب منه الامتناع من أخذ بدله مثلا: أو قيمة الى وقت امكان رد العين، لان معنى على اليد ما أخذت حتى تؤديه [٢] ان اللازم أولا وبالذات رد العين ، فاذا لم يمكن رد العين رد المثل أو القيمة .

ثم انك قد عرفت ان الاعتبار عند المشهور بيوم الاقباض، لا يوم الاعواز، وذلك لان الشيء لما تلف وكان مثلياً تعلق مثله بالذمة ، ولا يتحول المثل الى القيمة الا بقبض الطرف المغصوب منه .

ولذا قال في مفتاح الكرامة: ان وجه ما عليه الاصحاب، ان الواجب في الذمة هو المثل ، و عند ارادة التسليم ينتقل الى القيمة لو تعذر المثل ، و لو وجبت القيمة وقت الاعواز لكان اذا تمكن من المثل بعد الاعواز ، ولم يسلم العوض لا يجزى تسليم المثل لاستقرار القيمة في الذمة ، والاصل بقائها والتالي باطل ـ انتهى .

بل قد يقال: ان المعيار في القيمي أيضاً يوم الاقباض لا يوم التلف ، اذ ظاهر على اليد ما أخذت ان نفس الشيء يتعلق بالذمة، فاذا كسر جوهر انسان لا مثل

---

(١) الوسائل : ج ٦ ص ٣٦٥ الباب ١ من الأنفال ح ٤ .
(٢) المستدرك : ج ٢ ص ٥٠٤ الباب ١ من العارية ح ١٢ .

له ، أو ألقاه في البحـر ، فانه يتعلق بذمته جوهر ، فاذا كان ذلك الجوهر يوم التلف بمائة، ولكنه يوم الاقباض بألف، كان الواجب عليه ان يعطيه الالف.

و لوانعكس بان كان يوم التلف بألف و كان يـوم الاقباض بمائة ، وجب عليه اعطاء المائة ، و هذا الوجه لايخلو من قرب ، و عليه ، فـلا فـرق في المثلى بين التعذر وقت الغصب، وبين التعذر الطارئى .

و عليه ، فتقييد الجواهر عند شرح الشرائع قوله : بعد ان كان مـوجوداً حين تلف المغصوب كما في التذكرة والمسالك وغيرهما محل نظر،وما ذكره الجواهر من الفيد ناقلا عنهما هوظاهر القواعد، وصريح المحكى عن جامع المقاصد ، حيث فرق بين التعذر الابتدائي والطارىء بضمان القيمة في الاول والمثل في الثاني، فيكون الواجب في الاول مراعاة قيمة يوم التلف، وفي الثاني قيمة يوم الاقباض ، وان كان فرق بينهما بامكان تسليم المثل في الثاني في برهة من الزمان، فيوجب استقراره في الذمة على وجه لايرتفع بعد التعذر الطارى، ولو للاستصحاب بخلاف الاول ، فان تعذر المثل في الابتداء ، أي في زمان التلف يمنع عن تعلق التكليف برده ، فيمتنع استقراره في الذمة ، فينتقل من حين التلف الى القيمة ابتداءاً .

و لذا قال المحقق الرشتي: ولافرق في ذلك بين تعذر الابتداء والتعذر الطاريء بعد يوم الغصب ، بأن كان المثل موجوداً في برهة من الزمن ثـم انعدم ، لان تلف المثلي حينئذ يكون من جملة الاسباب الموجبة لاستقرار المتلف في الذمة، من غير مدخلية للتعرض للتعذر والتيسر الا في كيفية التدارك، كقرض المثلي في حال تعذر المثل، فانه يوجب استقرار المثل في الذمة، وان كان الخروج عن عهدته بدفع القيمة، الى ان قال: وما ذكروه من الفرق فاسد، لان تعذر التسليم ان كان

يمنع عن ثبوته في الذمة فوجب الانتقال الى القيمة من حين الاعواز الطارى أيضاً، لامن حين الاقباض، والا فلامانع من ثبوت المثل في الذمة في التعذر الابتدائي أيضاً، وان كان الخروج عن عهدته بدفع القيمة ـ انتهى.

والعمدة ماذكرناه، والافوجه رده لهم نقضي ، و قد ذكر الشافعي وجوهاً عشرة في المسألة نقلها التذكرة ، وذكرها الجواهر بقوله: لاأقصى القيم من يوم الغصب الى يوم التلف ، ولا أقصى قيمته من وقت التلف المغصوب الى الاعواز، ولاأقصى القيم من وقت الغصب الى وقت الاعواز، ولاأقصاها من وقت الغصب الى وقت دفع القيمة ، ولاأقصاها من وقت انقطاعه واعوازه الى وقت المطالبة ، ولا أقصاها من وقت تلف المغصوب الى وقت المطالبة ، ولا قيمته يوم التلف، ولاقيمته يوم المطالبة، ولاانه ان كان منقطعاً في جميع البلاد، فالاعتبار بقيمته يوم الاعواز، وان كان في تلك البقعة، فالاعتبار بقيمته يوم الحكم بالقيمة، بلاخلاف أجده في شيء من ذلك بيننا ـ انتهى .

فان كل تلك الوجوه لاوجه ظاهر لها، وانما مقتضى القاعدة ما ذكرناه من يوم الدفع .

نعم ، قد ذكرنا سابقاً انه لو تضرر المغصوب منه بسبب غصبه، ولم يكن مادفعه يوم الاقباض بقدر تضرره ، لم يستبعد أن يكون ضامناً للتفاوت ، مثلاً: أتلفه يوم الخميس وطلبه يوم الجمعة ، وقيمته الضعف فلم يعطه الا السبت ، حيث قيمته النصف ، فانّه لايستبعد أن يكون ضامناً للنصف الاخر ، لقاعدة لاضرر على التقريب الذي ذكرناه فيما سبق، وذكروه في خياري العيب والغبن.

بل وكذا الحال فيما فاته ربحه المضاربي كما ذكرنا مثله في مسألة غصب

الحر ، وان كان الفقهاء لايقولون بذلك، لكنه مقتضى الصناعة حسب القواعد الاقتصادية .

ومنه يعلم حال رد المثل ، لكنّه كان التأخير سبباً لضرره باعتبار التنزّل الذي حصل ، ولعلّه لما ذكرناه كان المحكي عن الايضاح ان الاصح ضمانه أقصى القيم من وقت الغصب الى وقت دفع القيمة ، وان قال في الجواهر : لم نعرفه لغيره .

قال في مفتاح الكرامة : و المراد بتعذر المثل ان لايوجد في ذلك البلد وما حواليه كما في التذكرة، وقداستظهر في جامع المقاصد ان المرجع فيه الى العرف .

ونحوه ما في المسالك والكفاية من وصفه بكونه مما ينقل اليه عادة كما ذكروه في انقطاع المسلم فيه، وقد يقال: ان مقتضى الاصل والغصب لزوم تحصيل المثل، ولو من البلاد النائية التي لاينقل منها عادة مالم يستلزم التكليف بالمحال، فتأمل .

وفي التحرير: لووجد المثل بأكثر من ثمن المثل، فالوجه وجوب الشراء - انتهى .

ونحوه ما في الجواهر، وكأنه أخذه منه، ومقتضى القاعدة ان المعيار رد المثل اذالم يكن ضرراً أوحرجاً، والافالضرر والحرج يرفعان التكليف حسب الاية والرواية ، من غير فرق بين المغصوب وغير المغصوب.

ومنه يظهر، ان تعليق الجواهر على كلام التحرير المتقدم بقوله: وفيه انه مناف لمادل على نفي الضرر والحرج في الدين و الخروج عنه في خصوص

رد العين المغصوبة لايقتضي الخروج عنه في مثلها، فالمتجه جعل المدار على ذلك ـ انتهى .

محل تأمل، اذ قد تقدم ان رد العين المغصوبة أيضاً مقيد بلاضرر ولاحرج لاطلاقهما، ولادليل على ان الغصب يوجب الخروج عنهما .

ومما تقدم ظهر وجه قول الشرائع : و لو أعوز فحكم الحاكم بالقيمة فزادت أو نقصت، لم يلزم ماحكم به الحاكم: وحكم بالقيمة وقت تسليمها ، لان الثابت في الذمة ليس الاالمثل ـ انتهى.

وذلك لوضوح ان حكم الحاكم لايغير الواقع، وانماهو لبيان قدر الاستحقاق في ذلك الوقت، فلو دفع ـ انتهى .

أما لولم يدفع فالمثل باق في الذمة، فلو زاد أو نقص وجب على ذلك على ماذكروه، وان كنا قد تأملنا فيه فيما لوزاد ثم نقص، أونقص بدون زيادة، حيث قلنا باحتمال وجوب الاكثر .

كما انه ظهر مما تقدم انه لوكان قيمياً ثم صار مثلياً، فاللازم المثل حيث قلنا سابقاً انه حتى في القيمي مقتضى القاعدة تعلق نفس العين بالذمة، و انما تنتقل الى القيمة في وقت الدفع .

قال في مفتاح الكرامة: وفي التحرير والتذكرة والكتاب فيما يأتي، والدروس وجامع المقاصد والمسالك وغيرها :انه لو قدر على المثل بعد دفع القيمة لا يجب رد القيمة، لانها انما رجعت لتعذر المثل ، وهو باق بخلاف ما لو قدر على العين بعد أداء القيمة، لان القيمة ليست بدلا عن العين حقيقة، وانما هي مأخوذة للحيلولة، ثم ان العين عين حقه والمثل بدل، و لايلزم من تمكينه من

الرجوع الى عين حقه تمكينه من الرجوع الى بدله ـ انتهى. وهو كما ذكره، الا انه يخفى بدل الحيلولة انما يصح ماذكره اذا أعطى بدل الحيلولة، لا اذا أعطى عوضاً ، فانه اذا أعطى عوضاً صار المبدل منه ملكاً للباذل للبدل ، فلا رجوع لصاحب المبدل منه الى العين بعد حصوله .

ثم ان مقتضى قوله تعالى : ﴿فاعتدوا عليه بمثل مااعتدى عليكم﴾[1] وغيره من الادلة اللفظية أو العرفية التي لم يغيرها الشارع ـ حيث ان موضوع الغصب والرد من المواضيع العرفية التي حكم عليها الشارع، فاذا لم يغير الموضوع فيهما كان مقتضى القاعدة الرجوع في العرف فيهما ـ ملاحظة الزمان و المكان والخصوصية ، مثلا اذا غصب منه الماء على النهر حيث يسوي فلساً ، لاحقّ للمالك مطالبته بقدر ذلك الماء في المدينة ، حيث يسوى درهماً ، وكذلك العكس اذا غصب منه الماء في المدينة حيث يسوى درهماً ، لايصح له اعطائه الماء على النهر حيث يسوى فلساً .

وهكذا بالنّسبة الى الزمان ، فاذا غصب منه في الشتاء حيث الرخص بالنسبة الى الملابس الصيفيّة ، لايحق المالك المطالبة منه في الصيف حيث الغلاء لها ، وكذلك بالعكس .

وهكذا بالنسبة الى الخصوصيات ، مثلا غصب منه حيث لاجائر ، وفي نفس الزمان والمكان يريد رده حيث الجائر ، فاذا أعطاه الغاصب ماله غصبه الجائر أو السارق أو الحيوان المفترس افترس شاته مثلا ، فانه لاحقّ له في اعطائه، وكذلك العكس لاحقّ للمالك في المطالبة منه فيما اذا أعطاه الغاصب عرف الجائر ان للغاصب مالا فألجأه الى أخذ المال منه، أو رأي السارق صرته

---

(١) سورة البقرة : آية / ١٩٤ .

فسرقها ، أو ماأشبه ذلك ، فان الحق من الطرفين .

فليس المعيار على التساوي أو الاكثرية أو الاقلية ، و انـّما المعيار علـى المثلية عرفاً، مثلا غصب منه ديناراً في النجف الاشرف وأراد اعطائه في مكة، فان الدينار هنا وهناك و ان كانت قوته الشرائيـّة متساوية ، الاّ ان المغصوب منه لايمكنه ارجاع الدينار الى بلده ، ولايفيده هناك ، فانه ليس للغاصب أن يعطيه باجبار ، وانما للمالك أن لايأخذ منه ، ويقول: انما غصبت مني الدينار في النجف ، فرد عليّ الدينار هناك .

وأوضح منه انه لو غصب منه الدينار في مكان له قيمة ، و أراد رده اليـه في مكان لاقيمة له ، لانّ الحكومة تمنع من اخراج الدينار من البلد ، ولاقيمة للدينار في ذلك البلد، فانه لايحق للغاصب ارجاعه اليه بعنوان انه رد للمغصوب، ولو كان نفس الدينار الذي غصبه ، فانه لايكون رداً للمثل أو القيمة أو العين المأمور به .

ومنه يعلم ، حال ماذا كان في بلد تضخم وفي بلد لاتضخم فيه ، أو فـي بلد تنزل ، وفي بلد لاتنزل فيه ، فان اللازم الدفع اليه مـع ملاحظة التساوي في القوة الشرائية، مثلا : اذا غصب منه ألف تومان في الكويت، وقوة الالف في الكويت نصف قوة الالف في ايران، فانه اذا أراد أن يرجعه اليه في ايران انما له الحق في أن يرجع نصف الالف، أي خمسمائة تومان، لان ألف تومان الكويت يساوي خمسمائة تومان في ايران، مثلا: لنفرض ان الالف في الكويت يعطي به بطانية ، والخمسمائة في ايران يعطى به بطانية .

وكذا لو انعكس بأن غصب منه خمسمائة فـي ايـران ، فانـّه اذا أراد أن

يعطيه في الكويت يجب أن يعطيه ألف، لان ألف الكويت يساوي الخمسمائة في ايران على ماتقدم .

ولايخفى ان القوة الشرائية التي يعبّر عنها بالتضخّم والتنزل والتساوي غير الفرق التجاري ، كما انهما غير مسألة الكمارك التي تأخذها الحكومات الظالمة، ومسألة ما لوكان اخراج الجنس أو ادخاله يوجب ضرراً على البلد ، فان هذه مسائل أربع ، لكل مسألة حكمها ، كما ذكرنا تفصيله في بعض كتبنا الاقتصادية ، وبعض المباحث الفقهية الاخر .

وبذلك يظهر وجه النظر في كثير من الكلمات ، مثل ماذكره الجواهر قال: ولو أتلف الغاصب مثلياً ، وظفر به المالك في غير مكان الاتلاف :

فعن ابن‌ادريس: ان له الزامه به في ذلك المكان، وان كان هو أعلى قيمة من مكان الغصب، وكان حمله يحتاج الى مئونة ، قال : لانه الذي يقتضيه عدل الاسلام، والادلة واصول المذهب .

ووافقه الفاضل وولده والشهيد والكركي ، لان وجوب ردّ المظلمة فوري، ولا تراعى مصلحة من حقه أن يؤخذ بأشق الاحوال .

لكن عن المبسوط ماحاصله : انه اذا اختلفت القيمة، فللمالك قيمته في بلد الغصب، أويصبر حتى يصل اليه ليستوفى ذلك للضرر المنفي، ونوقش بمنافاته لفورية الحق، وبأن تأخير الاداء و ردّ المظلمة ضرر على المالك ، والضرر لايزال بالضرر، بل قيل: اذا تعارض الضرران فالترجيح لنفي ضرر المالك، اذ الضرر المنفي انما هو من شرع الحكم والغاصب هنا أدخله على نفسه، مضافاً الى انه يؤخذ بأشق الاحوال، الى ان قال : بل قد ينقدح من

ذلك ان علـى الغاصب ضمان المثل ، وان خرج بالزمـان ، أو المكان عن التقويم .

كما لو أتلف عليـه ماءاً في مفازه ، ثم اجتمع على نهر، أو اتلف عليه جمداً في الصيف ثم اجتمع في الشتاء، وان ذكر فيه في القواعد احتمالين : ثانيهما ان عليه قيمة المثل في تلك المفازة أو الصيف من دون ترجيح .

بل في الدروس قوة الاحتمال الثاني، بل لعله خيرة الفخر، بل هو خيرة الفاضل في التذكرة، بل في جامع المقاصد نسبتـه الى اختيار الاصحاب و غيره، وانه لا محيص عنه، وان كنا لم نعثر على من تعرض له بالخصوص غير من عرفت .

لكن قد عرفت ان الثابت في ذمته المثل، كما هو مقتضى اطلاق الفتاوي ومعقد الاجماع والمكان و الزمان لا مدخليـة له في حقيقـة المثلية ، وقاعدة الضرار مشتركة بينـه وبين المالك ، وأخذه بأشق الاحوال انما هو في ردّ العين المغصوبة، لا المثل .

ولذا صرح في جامع المقاصد: بل لعلـه ظاهر غيره أيضاً بعدم ضمانـه غير المثل لو بقي له قيمة في الجملة في غير المكان المزبور، وانما ذاك حيث لايكون له قيمة على ان المتجه، بناءاً على ذلك ضمانه المثل في أقرب الاماكن والازمنـة الى النهر والشتاء ، لا قيمتـه في ذلك المكان والزمان ، الى آخر كلامـه .

حيث قد عرفت مواقع النظر فيه وفي كلام غيره، وقد نقل أغلب ماذكره من المنقولات عن مفتاح الكرامة فراجعهما .

ثم ان الشرائع قال: وان لم يكن مثلياً ضمن قيمته .

وقال في الجواهر: بلاخلاف معتد به في ذلك هنا .

نعم تقدم للمصنف في [كتاب القرض] ضمان القيمي بمثله، وقد سمعت الكلام فيه هناك ـ انتهى .

أقول: قد تقدم المناقشة في أمثالهم بالقيميات، وقلنا: ان مقتضى القاعدة ان ميزان المثلي والقيمي هو مايراه العرف مثلياً أو قيمياً، فالحيوان والاناء وماأشبه عرفاً من المثليات ، لا من القيميات، الا نادراً خصوصاً الاواني و الاقمشة والاحذية في عصرنا الحاضر، حيث انها تصنع بالمكائن مما لايشك العرف في انها مثلية .

ويؤيده مافي أخبار العامة ، عن عائشة قالت: صنعت حفصة أو صفية طعاماً فبعثت بها الى رسول الله ﷺ، فأخذني الافكل فكسرت الاناء، فقلت: يارسول الله ماكفارة ما صنعت؟ فقال: أناء مثل الاناء، وطعام مثل الطعام.[1]

وعن أنس: ان امرأة كسرت قصعة اخرى، فدفع النبي ﷺ قصعة الكاسرة الى صاحبة المكسورة وحبس المكسورة في بيته،[2] فلاداعي الى حمل الجواهر الاخير منهما على علم النبي بحصول الرضى، كما ان مقتضى الجمع بين صحيح أبي ولاد ونصوص عتق الشريك، وبين مثل ﴿ فأعتدوا عليه بمثل ماأعتدى عليكم ﴾[3] وماأشبه، ان القيمة من باب المثال ، لا ان القيمة من باب الخصوصية ، وان الحيوان والعبد قيمي لا محالة .

---

(١) انظر سنن أبي داود : ج ٢ ص ٢٦٧ .
(٢) أنظر : سنن البيهقي : ج ٦ ص ٩٦ .
(٣) سورة البقرة : آية / ٩٦ .

فقد روي الشيخ في التهذيب ، صحيحاً عن أبي ولاد قال: أكتريت بغلا الى قصر بني هبيرة ذاهباً وجائياً بكذا وكذا، وخرجت فى طلب غريم لي ، فلما صرت قرب قنطرة الكوفة خبرت ان صاحبي توجه الى نحو النيل ، فتوجهت الى نحو النيل ، فلما أتيت النيل خبرت انه توجه الى بغداد، فأتبعته وظفرت به وفرغت مما بيني وبينه ورجعت الى الكوفة، وكان ذهابي ومجيئي خمسة عشر يوماً ، فأخبرت صاحب البغل بعذري وأردت ان أتحلل منه فيما صنعت وأرضيه، فبذلت له أحد عشر درهماً (وفي نسخة: خمسة عشر درهماً) فأبى أن يقبل، فتراضينا بأبي‌حنيفة وأخبرته بالقضية واخبره الرجل، فقال : ماصنعت بالبغلة؟ قلت: قد دفعته اليه سليماً، قال : نعم بعد خمسة عشر يوماً ، قال: فماتريد من‌الرجل؟ قال: اريد كراء بغلي فقد حبسه عليّ خمسةعشر يوماً فقال أبوحنيفة : اني ماأرى لك حقاً، لانه أكتراه الى قصر بني‌هبيرة فخالف فركبه الى النيل والى بغداد فيضمن فيه البغل وسقط الكراء، فلما ردّ البغل سليماً وقبضته لم‌يلزمه الكراية .

قال: فخرجنا من عنده، وأخذ صاحب البغل يسترجع فرحمته مما أفتى به أبو حنيفة ، وأعطيته شيئاً وتحللت منه وحججت تلك السنة ، فأخبرت أبا عبدالله عليه السلام بما أفتى به أبوحنيفة؟ فقال عليه السلام: فى مثل هذا القضاء وشبهه تحبس السماء مائها وتمنع الارض بركاتها ، فقلت لابي عبدالله عليه السلام فماترى أنت جعلت فداك ؟ قال : أرى له عليك مثل كرى البغل ذاهباً من الكوفة الى النيل و ذاهباً من النيل الى بغداد ومثل كرى البغل من بغداد الى الكوفة وتوفيه اياه .

قال: قلت: جعلت فداك قد علفته بدراهم، فلي عليه علفه ؟ قال: لا، لانك غاصب، قلت: أرأيت لو عطب البغل أو نفق أليس كان يلزمني؟ قال: نعم قيمة بغل يوم خالفته، قلت: فان أصاب البغل عقر أو كسر أودبر ؟ قال: عليك قيمة مابين الصحة والعيب يوم ترده عليه، قلت: فمن يعرف ذلك؟ قال: أنت وهو أما ان يحلف فيلزمك، وان رد عليك اليمين فحلفت على القيمة لزمك ذلك ، أويأتي صاحب البغل بشهود يشهدون ان قيمة البغل حين أكترى كذا وكذا فيلزمك ـ الخبر[1].

ويؤيد عدم ارادة القيمة بخصوصها في مقابل المثل، وانه من باب المثال حيث ان العرف في هذه الموارد يطلقون تارة القيمة وتارة المثل قوله عليه السلام قبل ذلك أرى له عليك مثل كرى البغل، حيث انه أتى بلفظ المثل، مع وضوح ان المراد اجرة البغل لا مثل اجرة البغل .

وكيف كان ، فقد ورد في روايات عتق الشريك حصته من العبد والامة أيضاً لفظ القيمة ، كصحيح الحلبي، عن أبي عبدالله عليه‌السلام قال: سألته عن المملوك بين شركاء فيعتق أحدهم نصيبه ؟ فقال: ان ذلك فساد على أصحابه فلايستطيعون بيعه ولامؤاجرته، فقال: يقوم قيمة فيجعل على الذي أعتقه عقوبة وانما جعل ذلك عليه عقوبة لما أفسده[2].

وفي رواية محمد بن قيس ، عن أبي جعفر عليه السلام قال : من كان شريكاً في عبد أوأمة قليل أوكثير فاعتق حصته ولم يبعه، فليشتره من صاحبه فيعتقه كله،

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣١٣ الباب ٧ من أبواب الغصب ح ١ .

(٢) الوسائل : ج ١٦ ص ٢١ الباب ١٥ من أبواب العتق ح ١ .

وان لم يكن له سعة من مال نظر قيمته يوم أعتق ، ثم يستسعي العبد فى حساب مابقى حتى يعتق[١].

وعن أبي جعفر عليه السلام قال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى عبد كان بين رجلين فحرر أحدهما نصفه وهو صغير وأمسك الاخر نصفه حتى كبر الذي حرر نصفه، قال: يقوم قيمة يوم حرر الاول[٢] ـ الحديث .

وعن سماعة قال: سألتـه عن المملوك بين شركاء فيعتق أحدهم نصيبه ؟ فقال: هذا فساد على أصحابه يقوم قيمة ويضمن الذي أعتقه ، لانه أفسده على أصحابه[٣].

وعن حريز، عمن أخبره، عن أبي عبدالله عليه السلام، انه سأل عن رجل أعتق غلاماً بينه وبين صاحبه ؟ قال : قد أفسد على صاحبه، فان كان لـه مال أعطى نصف المال ـ الحديث . الى غيرذلك من الاحاديث فى هذا الباب[٤].

وربما يؤيد ما ذكرنـاه ما رواه الوسائـل في باب ان الاصل فى الناس الحرية عن الهاشمى ، قال : قلت لابي عبدالله عليه السلام : رجل حر أقر انه عبد ؟ فقال أبو عبدالله عليه السلام : تأخذه بماقال، أو يؤدي المال[٥]، فانه يدل على ان المال والعبد متساويان ، نعم اذا لم يكن للشيء المغصوب مثل عرفاً وصلت النوبة الى القيمة فتأمل .

---

(١) الوسائل : ج ١٦ ص ٢١ الباب ١٨ من أبواب جواز العتق ح ٣ .
(٢) الوسائل : ج ١٦ ص ٢١ الباب ١٨ من أبواب جواز العتق ح ٤ .
(٣) الوسائل : ج ١٦ ص ٢٢ الباب ١٨ من أبواب جواز العتق ح ٥ .
(٤) الوسائل : ج ١٦ ص ٢٣ الباب ١٨ من أبواب جواز العتق ح ١١ .
(٥) الوسائل : ج ١٦ ص ٣٤ الباب ٢٩ من أبواب كتاب العتق ح ٥ .

وكيف كان ففي القيمي الذي هو مقابل المثلي الذي عرف بما لايكون لعقلاء العرف طريق الى احراز مساواة أفرادها في الصفات والخصوصيات ، اختلفوا في القيمة الواجبة على الغاصب اذا تلف الى أقوال :

أحدها : ما نسبه الدروس الى أكثر الاصحاب ، وهو ضمان قيمة يوم التلف .

وثانيها : ضمان قيمة يوم الغصب ، وقد نسبه المحقق في الشرائع الى الاكثر .

وثالثها: ضمان أعلى القيم من حين الغصب الى حين التلف، وهو قول جماعة كثيرة من الاصحاب .

وفي مفتاح الكرامة عند قول العلامة : وغير المثلي يضمن بالقيمة يوم الغصب على رأى، وأرفع القيم من حين الغصب الى حين التلف على رأى ، قال: أما القول الاول: فهو خيرة المقنعة والمراسم والمبسوط والنهاية في موضع منهما ، والنافع وكشف الرموز، وكأنه مال اليه في الارشاد، وفي الشرائع والتحرير انه مذهب الاكثر .

قال: وأما قول أرفع القيم فهو خيرة الخلاف والمبسوط والنهاية في موضع منهما، والوسيلة والغنيةوالسرائر والايضاح واللمعة والمقتصروالتبصرة على اشكال .

وكذا شرح الارشاد للفخر ، وفي بيع المختلف نسبته الى علمائنا، وفي غصبه انه أشهر . و استحسنه في الشرائع ، وكأنه قال به أو مال اليه في الكفاية .

وفي المسالك : ان فى خبر أبي ولاد مايدل على وجوب أعلى القيم بين الوقتين، وكأنه قال به وقواه في الروضة أيضاً .

أما القول بأنه حين التلف، ففي مفتاح الكرامة انه خيرة الكتاب فى آخر باب البيع، والتذكرة والمختلف والتحرير والدروس والتنقيح وجامع المقاصد ومجمع البرهان والمحكى عن القاضي وفي الدروس ، وكذا الروضة نسبته الى الاكثر، وقد يظهر من النافع انه ليس قولا لاحد، وانما هو مجرد وجه .

ثم انه استدل للقول الاول : الذي تقدم عن الدروس نسبته الى أكثر الاصحاب بضمان يوم التلف ، بأن التلف انما أوجب اشتغال الذمة بالبدل المتصف بالبدلية بالفعل، والبدل الفعلي ليس سوى قيمة يوم التلف، لان القيم المفروضة في الازمنة المتقدمة والمتأخرة كلها أبدال فرضية، بعضها لعدم تحقق شرط الضمان الذي هو شرط صيرورة القيمة بدلا، نظراً الى منافاة اتصاف الشيء بالبدلية، مع كون مبدله موجوداً ، وبعضها لعدم حصول زمانه الذي يعتبر في وجوده الفعلي أيضاً، حيث ان يوم التلف قبله الواجب على الغاصب رد العين، فلم ينتقل الى البدل، وبعده قد انتقل العين الى البدل بالتلف، فلا وجه لان يكون ذلك البدل بعد يوم التلف بدلا .

ويرد عليه ان بالتلف انتقل المغصوب الى الذمة من الخارج، فلاوجه لانتقاله الى البدل، فلايصح قولهم: انه انتقل الى البدل وهو القيمة .

واستدل للقول الثاني: بأن يوم الغصب أول وقت دخول العين في ضمان الغاصب، والضمان ليس بالمثل، اذ المفروض انه لا مثل له، وانما هو بالقيمة فيقضى بالضمان من حين دخول العين في ضمان الغاصب، كماذكره المسالك وغيره .

وقد وجهه المحقق الرشتي بمقايسة المسألة بضمان الحيلولة ، فان ضمان الحيلولة اذا كان مستنداً الى فوات سلطنة المالك على مالـه ، على أن يكون البدل بدلا عنها لا عن العين، فهذا المستند بعينـه موجود مع عدم الحيلولة ، اذ العبرة في فوات السلطنة بعجز المالك عن التصرف لا عجز الغاصب عن التسليم ، فكما ان الحيلولة سبب لاشتغال ذمـة الحائل ،كذلك الغصب سبب لاشتغال ذمة الغاصب، والجامع تفويت السلطنة دون تلف العين .

هذا بالاضافة الى ماتقدم في صحيحة أبي ولاد من قوله: أرأيت لو عطب البغل أو نفق، أليس كان يلزمني؟ فقال الصادق عليه السلام: نعم، قيمة بغل يوم خالفته[1]

بل يمكن ان يستدل لهذا القول أيضاً ببعض الروايات المتقدمـة فيمن أعتق مملوكاً له فيه شريك، كقوله عليه السلام: نظر قيمته يوم أعتق، وقوله عليه السلام: يقوم قيمة يوم حرر[2].

ويرد على أول الوجهين، ان دخول العين في ضمان الغاصب، ليس معناه انه اذا تلف يكون الضمان بقيمة يوم الغصب، بل معناه انه ضمنه في قبال ماذا كان لم يضمنه ، حيث يكون تلفه على المالك لا على الغاصب والتشبيه ببدل الحيلولة لاوجه له ، ثم انه لايسلم في بدل الحيلولة انه بدل يوم الحيلولة، وانما هناك أيضاً يجب ان نقول بأعلى القيم .

فاذا ألقـى ابريق انسان في البحر وكانت قيمتـه يوم الالقاء عشرة وهذا اليوم الذي يريد التسليـم عشرين ، وجب عليه تسليم عشرين ، اذ انه بالقائـه

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣١٣ الباب ٧ من كتاب الغصب ح ١ .

(٢) الوسائل : ج ١٦ ص ٢١ الباب ١٨ من أبواب جواز العتق ح ٤ .

الابريق في البحر تعلق بذمته ابريق، فاذا أراد التسليم وجب تسليم الاكثر لا تسليم قيمة يوم الدفع، كماسيأتي الالماع اليه في المذهب الثالث، وهو أعلى القيم كما نختاره .

أما الصحيحة ففي الجواب عن دلالتها تفصيل ذكرناه في المكاسب ، و نذكرهنا ان احتمال تعلق الظرف بالفعل المدلول عليه بقوله، نعم، يسقطها عن الدلالة، فيكون المراد يلزمك يوم المخالفة قيمة البغل لوعطب بمعنى انهاتتعلق بذلك اليوم ، وحينئذ فحدّ القيمة غيرمبين فيه، فلاينافي مادل على القيمة يوم التلف أوأعلى القيم .

هذا بالاضافة الى ان قوله عليه السلام : حين أكترى دليل على عدم التفاوت في القيمة في هذه المدة القليلة وعلى الاستصحاب، والا فلم يقل أحد باعتبارالقيمة حين الاكتراء، وبهذا يظهر الجواب عن روايات العتق، بل هذا هوالمنصرف عند العرف ، حيث ان القيم لاتختلف غالباً في المدة القليلـة ، خصوصاً في الازمنـة السابقة ، حيث لم تكن هذه الطواريء والمفاجئـات الموجودة في زماننا الان .

أمـا القول الثالث : وهو ضمان أعلى القيـم من حين الغصب الى حين التلف ، فهو الموافق للقاعدة في الجملة مع اضافة ماذكره المحقق في أحد قوليه ، من انـه يضمن الاعلى من حين الغصب الى حين رد القيمة ، أي انه أضاف الاعلى بين يوم النلف ويوم رد القيمة .

وهذا الذي قد يعد رابع الاقوال: هو مقتضى القاعدة ، وذلك لانه عيناً

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣١٣ الباب ٧ من كتاب الغصب ح ١ .

مادامت العين موجودة، ومثلا، بعدتلف العين مضمون في جميع حالاته التي من جملتها حالة أعلى القيم، لشمول دليل على اليد ما أخذت حتى تؤديه له .

لايقال : على هذا اذا ارتفعت القيمة ثم انخفضت ثم رده عليه يلزم عليه التفاوت ، والاجماع على عدم لزوم رد التفاوت .

لانه يقال : الاجماع محتمل الاستناد، فاللازم القول بذلك اذاكان المالك يريد بيعه في وقت ارتفاع القيمة لشمول دليل لاضرر له ، فانه قد أضره بحفظه عنده في وقت ارادته بيعه عندارتفاع السوق.

مثلا : هيءالبغل لان يبيعه في أيام ذهاب الحجاج، حيث في تلك الايام البغل قيمته على الضعف، فغصبه الغاصب وكان البغل عنده في أيام ذهاب الحجاج، وبعد ذهابهم رده على مالكه حين صارت القيمة على النصف، فلماذا لايكون هذا الغاصب ضامناً المتفاوت ، مع انه هو الذي أضر هذا المالك بقدر التفاوت كما ذكرنا مثله سابقاً في مسألة ضمان الحر؟

و بما ذكرناه ظهر الجواب عـن اشكال المحقق الرشتي على هذا الوجه بقوله: ان الضمان في جميع الازمنة اذا اريد به التنجيزي بمعنى عـدم انتظار التلف، فهو واضح المنع ، و لذا لو ردالعين لم يجب شيء آخر، ولعله غير مراد، وان اريد به التعليقي ، فان اريد به التعليق علـى التلف في ذلك الزمان فمسلم لكن المفروض عدمه، وان اريد به التعليق على التلف مطلقـاً ، ولوفي الزمان المتأخر، فهو عين الدعوى، اذلم يقم عليه دليل ـ انتهى .

اذ قد عرفت ان المختار هوالوجه الاول في كلامه ، وقوله : ولذا لورد العين لم يجب شيء آخر عين الدعوى، كما انه ظهر بذلك وجه الاشكال في

قول الجواهر في رد هذا القول قال: هو أضعف من القول الثالث، اذ هو كما قيل مبني على ان القيمي يضمن بمثله كالمثل، وانما ينتقل الى القيمة عند دفعها لتعذر المثل، فيجب أعلى القيم الى حين دفع القيمة ، لان الزائد في كل آن سابق على الدفع من حين التلف مضمون تحت يده ، و لهذا لو دفع العين حال الزيادة كانت للمالك، فاذا تلفت في يده ضمنها ـ انتهى .

اذ فيه: ان المبني صحيح، فقد ذكرنا سابقاً ان القيمي يضمن بمثله كالمثلي، فلا وجه لفساد المبني حتى يفسد البناء .

ولذا قال الجواهر بعد ذلك : ولعله لذا قيل ان وجه القول قاعدة الضرر، وذلك لان عدم تمكينه منها حين ارتفاع القيمة ضرر عليه، وتفويت لتلك المنفعة العليا ، و من هنا كان هو خيرة العلامة الاكبر الاغا محمد باقر البهبهاني فيما حكي عنه، الا انك قد عرفت فيما تقدم اقتضاء القاعدة المزبورة ضمان الاعلى مع فواته، وان رد العين نفسها و هو مخالف للاجماع بقسميه ـ انتهى .

اذ قد عرفت انه لا وجه ظاهر للاجماع حتى يكون مستنداً بعد احتمال استناده احتمالا ظاهراً، بالاضافة الى انه لو فرض عدم استناده يناقش فيه صغرى.

نعم، قد تقدم في مسألة غصب الحر انه فيما اذا كان يريد المالك بيعه ، حيث انه في هذا الحال يعد ضرراً لامطلقاً .

ثم انه لو سلم عدم شمول دليل على اليد فيما اذا أراد المالك البيع في وقت علو القيمة، فلا يسلم عدم شمول دليل لاضرر، وفوتـّها ، ومثله يأتي فيما اذا تلفت العين، حيث تعلق المثل بذمة الغاصب ثم ارتفع على فرض وجوده، فانه ضامن لهذا الارتفاع اذا أراد البيع وقت الارتفاع ، و ان تنزل بعد ذلك في وقت ارادة تسليمه القيمة .

ثم انه ان لم يفت بالقول الرابع، فالظاهر انه لامحيص عن الفتوى بالقول الثالث الذي تقدم عن المختلف نسبته الى علمائنا .

وكيف كان، فقد تبين بذلك ان دليل على اليد بضميمة دليل لاضرر، ولا يتوى حق امرء مسلم[1] وفوتها وفأعتدوا و نحوها وما أشبه يفيد ضمان الغاصب أعلى القيم من حين الغصب الى حين اقباض البدل، فيما اذا عد ضرراً بل و حتى اذا رد العين، أما اذا لم يعد ضرراً فلا يكون ضمان .

نعم، لا دلالة في صحيحة أبي ولاد على ذلك، كما لادلالة فيها على ماذكره المسالك من ان خبر أبي ولاد[2] فيه مايدل على وجوب أعلى القيم بين الوقتين ، وقواه في محكي الروضة أيضاً .

وان كان ربما استدل له بما في الجواهر من انه بناء على تعلق الظرف بالفعل المستفاد من قول نعم ، فيكون المراد ان ابتداء الضمان من ذلك اليوم الى يوم التلف فيضمن الاعلى منه ، حينئذ قال : بل ان جعل متعلقاً بالقيمة يكون المراد منه ذلك أيضاً لعدم معقولية ضمان القيمة ، مع وجود العين فيكون الحاصل انه تلزمه القيمة مع العطب من يوم المخالفة .

ثم رده الجواهر بقوله : الا ان ذلك كله كما ترى تجشم وخبط بين الضمان التقديري المتحقق بالمخالفة ، والضمان التحقيقي الحاصل يوم التلف كما هو واضح .

كما ان منه ظهر صحة استدلال العلامة في محكي التحرير على أعلى

---

(١) المستدرك : ج ٢ ص ٤٩٩ الباب ٥ ح ٣ .
(٢) الوسائل : ج ١٦ ص ٣١٣ الباب ٧ من أبواب الغصب ح ١ .

القيم، بأن زمان أعلى القيمزمان ازالة يد المالك عنمالية ماله، فيضمن ماأراله عنه من المالية على تقدير التلف .

ولا يرد عليه اشكال المحقق الرشتي بقوله : انه يرد عليهانقيمة العين في جميع الازمنة مضمونة بشرط تلفها في تلك الازمنة لافيما بعد، والا فالمضمون قيمة يوم التلف خاصة .

وأما ازالة يدالمالك عن العين التي هي عبارة اخرى عن الحيلولة، ففيه ان ملخص هذا الكلام يرجع الى القول : بأن منع المالك مثلا عن بيع متاعه بدون وضع اليد عليه حتى نزلسبب لضمان القدر النازل، والا فقاعدة اليد لا يقتضي ذلك .

اذ فيه: ان أعلى القيم قد وضعالغاصب يده عليه، فعليه أن يرده اذا تحقق مصداق الضرر كما ذكرناه ، بخلاف ما اذا لم يتحقق مصداق الضرر بأن لم يكن يريد بيعه مثلا في وقت أعلى القيمة، حيث لايصدق عليه انه أضره بأعلى القيمة ، كما اذا أرجعه مثلا اليه .

ولذا الذي ذكرناه منأعتبار صدق الضرر استدلبقاعة لاضرر في محكى الرياض ، تبعاً لخاله العلامة ، وتضعيف المحقق الرشتي له ، بأن نفي الضرر لايشرع أحكاماً لو لم يحصل الضرر ، بل انما يرفع شرعية الاحكام الضررية المدلول عليها بعموم أدلتها ـ انتهى .

غير ظاهر ، فقد تقدم ان لاضرر أيضاً يثبت الاحكام كما ذكره المحقق الرشتي وغيره في مسألة خيار العيبوخيار الغبن وغيرهما، فانه تابع المعرف والعرف يرون انه ضرره فلا ضـرر يقتضي ان يعطيه حتى لايتحقق التضرر ، والا فاذا قرره الشارع على أن لا يعطي فقد سبب الشارع الضرر .

هذا بالاضافة الى ماذكرناه من ان أحكام المعاملات تقريريات، وكلما لم يمنع الشارع عن شيء عرفي ، فمقتضى القاعدة انه مقرر له ، والعرف يرون في مثل المقام انه ضرره بأعلى القيم ، وعليه تدارك الضرر ، وعليه فلا وجه ظاهر لضمان قيمة يوم الغصب ، أو ضمان قيمة يوم التلف .

بل قال في الجواهر بعد كلام مؤيد لاعلى القيم بين الوقتين : لعله ، لذا كان المعروف بين الاصحاب ضمان الاعلى ، بل لم يذكر بعضهم قيمة يوم التلف قولا ، بل ولا وجهاً ، بل لم نتحققه ممن تقدم على الفاضل وان حكى عن القاضي ، بل سمعت نسبته في الدروس الى الاكثر ـ انتهى .

لكن اللازم ان يضاف الىذلك أعلى القيم الى وقت التسليم، لما تقدم من انه مادام لم يسلم ، فهو في ذمته ، فللمغصوب منه أن يقول في وقت ارتفاع القيمة بعد التلف : أعطني أيها الغاصب فرسي حتى أبيعه مثلا بمائة ، وحيث لا يتمكن من أعطاء فرسه يلزم عليه أن يعطيه المائة، لا أن يعطيه الخمسين مثلا ، وهو قيمة يوم التلف أو ماشبه ذلك .

ثم انالمصرح به في المسالك والروضة وتبعهماالجواهروغيره، ان محل الخلاف ماذا كان نقصان القيمة مستنداً الى السوق، أما اذا استند الى حدوث نقص فيالعين ثمتلفت، فان الاعلى مضمون، بل في الجواهر: ادعاء الاجماع على ذلك .

وهكذا ينبغي القول بالضمان اذاكان مستعداً للانتاج، فسبب الغاصب عدم انتاجه ، كما اذا كانت شياهه مستعدة للحمل في فصل الربيع بما يسبب مثلا له زيادة مائة ، فلما غصبها الغاصب لم يفعل ماتنتج الشياه، فانها مضمونة أيضاً على الغاصب ، كما تقدم مثله في مثل ايجار الدار ونحوه .

ولعل اشتهار قولهم : الغاصب يؤخذ بأشق الاحوال ، وان لم يكن هذا اللفظ وارداً في نص (على حسب ماذكروا) ناشيء مما ذكرناه من الجمع بين الادلة المذكورة .

ثم انا قد ألمعنا سابقاً الى ان الاعتبار بمكان الغصب ، فاذا اريد اعطائه في مكان آخر ازوم ملاحظة التنزل والتضخم بين البلدين .

وبذلك يظهر وجه النظر فيما ذكره المحقق الرشتي قائلا : الاقوى ان المذكور في تعيين زمان القيمة جار في تعيين مكانها أيضاً ، توضيح المسألة ان مكان الغصب ومكان التلف قد يختلفان، فان اتحد قيمة العين فيهما فلابحث والا فهل العبرة بمكان الغصب؟ أو مكان التلف؟ أو أعلى القيم من مكان الغصب الى مكان التلف ؟

وأما الامكنة الخارجة عما بين المكانين التي لم يمر بالمغصوب عليها فلاعبرة بها قطعاً، الظاهر الجريان لاتحاد مناط المسألتين، فمن اعتبر يوم الغصب لكونه أول زمان دخول العين في العهدة، لزم أن يعتبر مكانه لكونه أول أمكنة دخولها في الضمان .

نعم التمسك بالصحيحة المزبورة هنا يحتاج الى عدم الجمود على ظاهرها بدعوى استنباط المناط المشترك بين يوم المخالفة ومكانها ، وهكذا الى سائر الاقوال والادلة ـ انتهى .

وعلى ماذكرناه ، فاذا غصب فرسه في العراق وهو يسوي مائة ، ثم جاء به الى ايران وأتلفه في ايران ، حيث يسوي خمسين كان للمالك أن يطلب منه المائة، لكن في العراق لافي ايران، أما اذا أراد منه في ايران فانه يعطيه الخمسين

لان خمسين ايران يعادل مائة العراق حسب الفرض .

كما انه لوانعكس بأنكان يسوى فيايران مائتين لزم عليه اذا أراد اعطائه في ايران أن يعطيه مائتين، لان مائتي ايران يعادل مائة العراق .

أما المكانات الاخر التي مر عليها ، أو لم يمر عليها فلا ربط لها بالمسألة فقوله : أعلى القيم من مكانالغصب الى مكان التلف، أماكون الامكنة الخارجة عما بين المكانينالتي لم يمر بالمغصوب عليها، فلاعبرة بها، محل نظر فيقسمه الاول ، وان كان قسمة الثاني صحيحاً فتأمل .

ومنه يعلم ، انه لافرق بين ان يكون اختلاف المكانينلاختلاف التضخم والتنزل، أو لاختلاف الطقس، مثلا : كان في العراق حاراً ، وفي ايران بارداً ولو في نفس اليوم ، حيث تحرك بالطائرة فكان في العراق الملابس الصيفية تسوى ضعف ايران ، أو كان العكس مثلا .

ومنه يعلم، حال القسم الثالث، وهوان كان اختلافالطقس سبباً لاختلاف القيمة لا لجهة الحرارة والبرودة، وانما لجهة ان المغصوب في أحد الطقسين يدوم أكثر من نفس هذا المغصوب في الطقس الاخر، مما سبب زيادة القيمة أو نقيصتها .

ولايخفى ان فرقالتضخم والتنزلبين البلدين غير مسألة الكمرك، ومسألة مخارج التجارة والنقل ، فانهما لايرتبطان بالامر .

فاذا غصب فرسه في العراق وهو مائة ، وجاء به الى ايران وهو مائة ، لكن أخذ منه الكمرك مثلا عشرين ، لاربط لهذا الكمرك بالمغصوب منه، أو انه صرف للاتيان به الى ايران عشرين ، فانه لاربط له بالضمان وقدره ، كما تقدم في صحيحة أبي ولاد بالنسبة الىالعلف ، قال: قلت : جعلتفداكقد علفته

بدراهم فلي عليه علفه ؟ قال : لا لانك غاصب[1].

نعم اذا سبب اختلاف المكان زيادة في العين، كما اذا كان الطقس بالمكان المنقول اليه أحسن فسمن الحيوان مثلا، فان السمن للغاصب كما تقدم، ونقلنا بعض الروايات في ذلك عن الوسائل في [كتاب التجارة] باب جواز بيع الاصول ، وحكم من اشترى نخلا ليقطعه للجذوع وغيرها من الادلة فراجع.

ثم ان الشرائع قال : والذهب والفضة يضمنان بمثلهما .

وقال الشيخ : بنقد البلد ، كما لو أتلف مالا مثل له ولو تعذر المثل ، فان كان نقد البلد مخالفاً للمضمون في الجنس ضمنه بالنقد، وان كان من جنسه واتفق المضمون والنقد وزناً صح، وان كان أحدهما أكثر قوم بغير جنسه ليسلم من الربا ، ولا يظن ان الربا يختص بالبيع ، بل هو ثابت في كل معاوضة على ربويين متفقي الجنس ـ انتهى.

أقول : ماذكره الشرائع هو المشهور، كماادعاه في المسالك والجواهر وغيرهما ، قال الاول : كون الذهب والفضة مثليين هوالمشهوربين الاصحاب بناءاً على ان أجزائه ممالايختلف فيه القيمة، أمامطلقاًأومع تقارب صفاته، ويمكن جريانه على باقي التعريفات ، لانه موزون ، ويصح السلف فيه ، ويجوز بيع بعضه ببعض في الجملة .

ثم قال : ولعل نظر الشيخ الى اختلاف المضروب منه في الصفات الموجبة لاختلاف القيمة ، فلا يجري عليه تعريف المثلي بانه ماتساوت قيمة أجزائه ، ولا ريب في ضعف القول المزبور، كالاستدلال له بما ذكره الجواهر

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣١٣ الباب ٧ من أبواب الغصب ح ١ .

بأن فيه مع اطلاق الشيخ قيمة الذهب والفضة لاخصوص الدراهم والدنانير منهما ، انه لاريب في حصول التساوي في أجزاء أصنافهما ـ انتهى .

لكن المحقق الرشتي نفى ان يكون الشيخ قال بذلك ، قال : وقد يمنع مانسب الى الشيخ من قوله بعدم مثلية الذهب والفضة، لانه انما حكم بضمانهما بنقد البلد ولم يحكم بكونهما قيميين ، والضمان بنقد البلد لاينافي مثليتهما ، خصوصاً مع ملاحظة تشبيهه بالامثلة كما نقله في الشرائع ، فان ظاهر التشبيه المغايرة وفيه تأمل ـ انتهى .

وكيف كان ، فالظاهر انهما مثليان نقده بنقده ، وغير نقده بغير نقده ، كما انه يلزم ان يلاحظ موازين العيارات في الذهب والفضة ، فان عياراته مختلفة تبتدء من اثنى عشر ، وتنتهي الى ست وعشرين ، كما هو متعارف في العراق وايران بين الصياغ وغيرهم .

ثم انه يأتي هنا مسألة اختلاف القيمة بين الذهب المغصوب والذهب المعطى وكذلك في الفضة من جهة اختلاف البلدين في التضخم ، أو في الكمرك ، أوفي اجرة الحمل والنقل ونحوها، وكذلك اختلاف الزمانين بسبب التضخم والتنزل ونحوهما .

ويمكن ان يقال: انه لايستلزم الربا، مثلا: كانت القوة الشرائية لمثقال الذهب قبل سنة ضعف القوة الشرائية للمثقال في هذه السنة ، فاذا غصب منه مثقالا من الذهب في السنة الماضية وجب عليه رده ضعفاً ، واذا كانت القوة الشرائية في السنة الماضية بقدر النصف رده عليه الان بقدر النصف ، وكذلك بالنسبة الى البلدين فتأمل .

وهكذا بالنسبة الى ماغصب منه مسكوكاً قيمته ضعف غير المسكوك مثلا ،

أو قيمته نصف قيمة غير المسكوك مثلا لعوارض خارجية ، لان الربا هوماكان فساد المال كما في النص المتقدم عن الامام الرضا عليه السلام (١)، وهذا خلافه فساد المال .

والمحكى عن ابن ادريس في رد كون ماإذا كان أحدهما أكثر يقوم بغير جنسه ، ويؤخذ قيمته ليسلم من الربا ، انه قال : يمنع ثبوت الربا هنا ، لانه مختص بالبيع ، فلايضر اختلافهما في الوزن .

وكذا لو عاد فرده مع ارش النقص من جنسه، وان تقدم من الشرائع قوله: ولايظن ان الربا يختص بالبيع ، الى آخر كلامه .

ولذا قال في الجواهر هنا : انك قد عرفت قوة احتمال منع الربا في الغرامات ، بل ممّا ذكر يعلم الحال في المغصوب ذي الصّنعة اذا كان من النقدين ، وكان نقد البلد الذي هو قيمة له موافقاً له في الحس ، ومختلفاً معه في الوزن ، فان كونه قيمياً لايدفع احتمال الربا عنه، بل لابد من تقويمه بغير الجنس حينئذ ، الاّ بناءاً على ماذكرناه من عدم جريان الربا في الغرامات ـ انتهى. وتفصيل المسألة في بيع الصرف وان كان ماذكرناه هنا مقتضى الصناعة.

ويؤيد ماذكرناه ماذكره الشرائع بعد ذلك بقوله: ولو كان في المغصوب صنعة محللة لها قيمة غالباً كان على الغاصب مثل الاصل وقيمة الصنعة ، وان زاد عن الاصل ربوياً كان أو غير ربوي ، لانّ للصنعة قيمة تظهر لو أزيلت عدواناً ، ولو من غير غصب .

وقال في الجواهر تعليقاً له: فلايكون من الربا الذي هو الزيادة في أحد

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ١٠٠ الباب ١٥ من أبواب الدَّين والقرض ح ٣ .

العوضين ، كما صرح بذلك كلّه في محكي المبسوط والسرائر والتحرير والارشاد وموضع من التذكرة ـ انتهى .

اذ أي فرق بين المقام وبين المسألة السابقة ، حيث انّ الاعتبار لو كان بالوزن لكان هنا أيضاً حراماً لانه ربوي، وان كان الاعتبار بالقيمة ، كان اللازم أن يكون هناك أيضاً الاعتبار بالقيمة من غير ملاحظة الربا .

بل يؤيد ذلك قوله سبحانه : ﴿ من ربا ليربوا في أموال الناس ﴾ (١) فانّ هذا ليس يربوا في أموال الناس ، وانما مال الناس مقابل التالف، بل لايسمى رباً عرفاًولغة، وان كان يحتمل تسميته رباًاصطلاحاً فقهياً عند من لايجوز ذلك.

ولذا احتملنا الصحة في باب القرض أيضاً ، كما اذا أقرضه ديناراً وبعد سنة مثلا يأخذ منه نصف دينار ، أو دينارين للتنزل أو التضخم ، فان شيئاً من ذلك لايسمى ربا وفساداً للمال، بل الاقتصار على نفس القدر ربا وفساد للمال.

وبذلك يظهر ، ان اشكال الدروس بعموم الربا في المسألة الاخيرة ، أو المغصوب للصنعة المحللة غير ظاهر الوجه ، وان زاد عليه في المسالك انّه لم يخرج بالصنعة عن أصله ، و انّما اشتمل على وصف زائد ، وقد صرّحوا في باب الربا بأنّه لافرق بين المصنوع وغيره في المنع من المعاوضة عليه بالزيادة ، وهذا أقوى ، فضمانها بالقيمة أظهر، مع انا نمنع من بقائه مثلياً بعد الصنعة ، لان أجزائه ليست متفقة القيمة ، اذ لو انفصلت نقصت قيمتها عنها ـ انتهى .

ومنه يعلم ، وجه النظر فيما ذكره المحقّق الرشتي من احصائه للموارد

---

(١) سورة الروم : آية / ٣٩ .

التي ذكرها الفقهاء، مؤيداً لمجيءالربا هنا بقوله: ولذا ترىالفقهاء لايرضون بصيرورة البدل زائداً فيالغرامات أيضاً، بل في غيرها منالابدال الاضطرارية وغيرها، ومن ذلك ماذكروه في بيعالصرف من انه لو ظهر فيأحد العوضين عيبوجب رده وأخذ بدله مكانه، ولايجوز امساكه معأخذ الارش، فانالارش من الغرامات ، الا انه جزء من الثمن .

ومنها : ماذكروه في القسمة من انه لو مزج جيداً برديىء من الربويّات كالحنطة لم يجز في التقسيم تقليل قسمة صاحب الرديء ، أو توفير صاحب الجيد في الوزن ، مع ان القسمة لامعاوضة ولاغرامة .

ومنها : ماذكروه في الوصية من انه لوهايا الموصى بأن باع ثلاثة أمنان من الحنطة التي تسوي ثلثه ، لم يجز للموصى له على القول بكون المنجزات من الثلث أخذ نصف المبيع بتمام الثمن وهو من ونصفه ، وأخذ ثلث المبيع معللا بأن ذلك يؤدي الىالربا لوقوع منّين ونصف في مقابل ثلاثة أمنان، مع ان أصلالمعاوضةالتي صدرت منالموصى لم يكن ربا، ونفوذ وصيةالموصى لايعد معاوضة ولاغرامة .

ومنها : ماذكروه في [كتاب الصلح] ، من انه لايجوز الصلح عن قيمة الثوب التالف الذي يسوي درهماً بدرهمين للزوم الربا ، حيث انّ القيميات مضمون بالقيمة، ووجهوا قولالمحقق بجوازهانه مبني على مختاره فيالقرض من ضمان القيمي بالمثل أيضاً ـ انتهى كلامه رفع مقامه .

فان تكرار ذكر موارد فتوى جماعة من الفقهاء لايوجب قياس المقام بها بعد عدم شمول الدليل للمقام ، بل تلك الامثلة أيضاً محل مناقشة ، الاّ فيما

ورد دليل خاص فيه، كما ذكرنا بعض المناقشات في تلك الامثلة في أبوابها، والله سبحانه العالم .

ثم انه لو أتلف الغاصب الصنعة فقط، فانه لاينبغي الاشكال في ضمان الصنعة، لان الصنعة شيء للمغصوب منه ذو قيمة ، فاتلافها يوجب رد الغاصب أوشبه الغاصب ، كما اذا أتلفها جهلا أو نسياناً أو في حالة نوم أو ماأشبه ، لدليل لاضرر ، ولايتوى ، وان الغصب مردود ، وغير ذلك .

ولذا قال في الجواهر : لو تلفت الصنعة فقط ، فانه يضمنها ، ولا حجر في كون ضمانها من جنس جوهر الاناء لانتفاء الربا ، اذ لا معاوضة بين جنسين ، لاحقيقية ولا حكمية ، ثم قال : وظاهرهم الاتفاق على كونها حينئذ قيمية فليس للمالك الالزام بعودها ، كما انه ليس عليه قبول ذلك لو بذله الجاني ، وفرق واضح بين المقام وبين الالزام بتسوية الحفر في الارض الذي هو من قبيل رد المغصوب الى محله ـ انتهى .

لكن فيه : انه لاوجه للفرق بين المسألتين، فلماذا يحق له في المسألة الثانية الالزام بتسوية الحفر؟ ولاحق له فيما نحن فيه بالالزام بصنع الصنعة؟ بل الظاهر ان الالزام بصنع الصنعة كما كانت مقدم على الالزام بالقيمة ، لانه رد نفس المغصوب، وما دام يمكن رد نفس المغصوب عرفاً فلاتصل النوبة الى القيمة، اللهم الا اذا كان هنالك دليل خاص، أو اجماع قطعي غير محتمل الاستناد، مع ان في كليهما تأملا .

نعم اذا كانت الصنعة محرمة ، كما في آنية الذهب والفضة والصنم والصليب وغيرها ، لم يضمنها، سواء أتلفها خاصة أو مع موضعها ، كما ذكره الشرائع

وغيره ، بل عن الكفاية نسبته الى قطع الاصحاب .

وفي الجواهر : لاخلاف أجده فيه ،لوضوح ان الغصب لايصير ما لاقيمة له شرعاً ذا قيمة ، ولايجعل ما هو محرم يجب اتلافه على جميع المكلفين ، من غير فرق بين الغاصب وغيره قيمياً محترماً ولذا يجوز كسر ذلك من باب النهي عن المنكر ، ولو كسره بلاغصب كما في النوم أو الجهل أو ما اشبه ، لايكون ضامناً .

ويدل على ذلك أيضاً بعض الروايات :

فقد روي الدعائم، عن أبي عبدالله ، عن أبيه ، عن آبائه ، عن أمير المؤمنين عليهم السلام ، انه قال : مـن تعدى على شيء مما لايحل كسبه فاتلفه فلاشيء عليه فيه ، ورفع اليه رجل كسر بربطاً فأبطله[1].

وعن أبي جعفر عليه السلام انه قال : من كسر بربطاً أو لعبة من اللعب أو بعض الملاهي ، أو خرق زق مسكر أو خمر فقد أحسن ولا غرم عليه[2].

ولذا قال العلامة في القواعد : واذا كسرت آلة الملاهي فلاضمان ، فان أحرقت ضمن قيمة الرضاض ، وكذا الصليب ، بل غيره أيضاً صرح بذلك .

وعن الكفاية نسبة ذلك كله الى قطع الاصحاب ، وان كان ربما يقال : انه لو أحرقت أيضاً لايضمن اذا كان من باب النهي عن المنكر ، كما ذكرناه في [كتاب النهى عن المنكر] فيما توقف النهي عـن المنكر عليه ، كما انـه كذلك اذا دخل حانوت خمار وكسر القنينات التي فيها الخمر ، وهو ماصرح بمثله في رواية خرق زق المسكر .

---

(١) المستدرك : ج ٣ ص ٢٧١ الباب ٢١ من أبواب موجبات الضمان ح ٢ .

(٢) المستدرك : ج ٣ ص ٢٧١ الباب ٢١ من أبواب موجبات الضمان ح ٣ .

وقد روي عن أبي الدرداء ، انه خرق زق مسكر معاوية في قصة مذكورة في التواريخ .

ومنه يعلم وجه النظر في قول القواعد: لو أتلف آنية الذهب، ففي ضمان الزائد بالصنعة اشكال ينشأ من مساوات الغاصب غيره وعدمها، بل وربما يؤيده ان النبي ﷺ كسر أصنام المشركين ودفنها [1]، لكن ظاهرهم الاختلاف في ذلك .

فقد قال في مفتاح الكرامة عند قول العلامة المتقدم : فان احرقت ضمن قيمة الرضاض كما هو قضية كلام المبسوط، وصريح التذكرة وجامع المقاصد ومجمع البرهان والكفاية ، وفي التذكرة من أحرقها فعليه قيمتها في الحد المشروع .

واحتج عليه في جامع المقاصد بأن الرضاض ، وهو الذي يبقى بعد الكسر محترم ، لكن مفتاح الكرامة بعد ذلك قال: ان معنى كلام صاحب جامع المقاصد انه مملوك .

وقد تقدم في باب المكاسب ان آلات اللهو لا تعد مالا ، وانها غير مملوكة في ظاهر كلام جماعة ، وقد استدللنا لهم بالخبر والقاعدة ، وقولهم بعدم ضمان المتلف لها قيمتها وغير ذلك، والامر في الصلبان والاصنام واضح ولا قائل بالفرق على الظاهر ــ انتهى .

وكيف كان، فاشكال العلامة في تلف آنية الذهب من ضمان الزائد بالصنعة نظر ، وان تبعه ولده وقيل في وجهه ، ان هذا الاستيلاء مضمون بكونه عادياً

---

(١) انظر البحار : ج ٢١ ص ١١٧ ح ١٥ .

وجميع ما ينقص فيه مضمون ، وللصنعة في حد ذاتها قيمة ، وان كانت محرمة في نظر الشارع ، اذ هذا التعليل مردود بانه لايتصور العدوان بازالة المحرم ورفع المنكر .

نعم ، لوقلنا بجواز اتخاذ أواني الذهب والفضة، وانما قلنا بحرمة الصنعة يكون الحال فيما اذا ازال الصنعة حال ما لو أتلف حلياً .

ولذا قال في مفتاح الكرامة : ان قلنا بجواز اتخاذها كان كما لو اتلف حلياً ، فانه لااشكال حينئذ في ضمان الزائد بالصنعة فيه .

ثم الظاهر انه اذا توقف النهي عن المنكر بكسر الصليب والصنم وماأشبه على أي من الزائد والناقص اقتصر ، لانه يتحقق النهي عن المنكر بذلك .

فالزيادة تصرف في مال الناس بغير حق، الا اذا كان كل واحد من الامرين مصداق النهي عن المنكر، فيتخير بينهما وان كان أحدهما أزيد من الاخر كما ذكروا في التخيير بين الاقل والاكثر ، كما هو الحال في باب قتل الكافر المحارب حيث انه مقتضى القاعدة الاقتصار على ما يتحقق به القتل لا الاكثر من ذلك، الا اذا كان الاكثر والاقل فردى التخيير ، والحاصل : ان الامر عرفي لادقي عقلي .

ومنه يعلم، وجه النظر في كلا رأي العامة ، وتأييد الجواهر لاولهما على الاطلاق قال : نعم للعامة خلاف في الحد المشروع لابطالها على وجهين :

أحدهما : انها تكسر حتى تنتهي الى حد لايمكن اتخاذ آلة محرمة منها لا الاولى ولاغيرها ، وعن الكركي انه ليس ببعيد ، لانه أزجر لمن هي له ، وفيه : انه تعد عن الاذن في التصرف في مال الغير ومن هنا كان الاظهر عند

العامة انها لاتكسر الكسر الفاحش ،لكنها تفصل،ولكن في حد التفصيل عندهم وجهان :

أحـدهما : انها تفصل مقداراً لا تصلح لاستعمال الحرام فاذا رفع وجـه البربط وترك على شكل قصعة كفى .

والثاني : تفصل الى حد لو فرض اتخاذ آلة محرمة من مفصلها الوصل الى الصانع التعب، ولاريب في ان الاظهر منهما الاول اقتصاراً في حرمة التصرف في مال الغير على مقدار الاذن، بل لايبعد الضمان على من تجاوز الحد المزبور، فيضمن حينئذ التفاوت بين قيمتها مكسورة الى الحد المشروع ، وبين قيمتها منتهية الى الحد الذي أتى بهـ انتهى .

لان الامر عرفي لادقي ، نعم ان تعدى عن العرفية ولم يكن في ذلك زجر وردع زائد يحتاج اليه كان ذلك موجباً للضمان ، ثم انه ذكر فى الشرائع : انه لو كان المغصوب دابـة ، فجنى عليها الغاصب أوغيره ، أوعابت من قبل الله سبحانه ردها مـع ارش النقصان ، وتتساوى بهيمة القاضـي وغيره فـي الارش ـ انتهى .

أقول : يدل على الحكم الاول اطلاق الادلة ، وخصوص صحيح أبي ولاد السابق .

وفي الجواهر : بلاخلاف أجده فيه ، بل الاجماع بقسميه عليه،ويدل على الحكم الثاني بالاضافة الى اطلاق الادلة السابقة انه مقتضى القاعدة ، لان النظر في الضمان الى نفس المال ، لا الى غرض المالك .

ويؤيده ما رواه محمد بن قيس ، عن أبي جعفر عليه السلام قال : قضى أمير المؤمنين عليه السلام في أربعة أنفس شركاء في بعير :فعقله أحدهم فانطلق البعير يعبث

بعقاله فتردى فانكسر، فقال أصحابه للذي عقله : اغرم لنا بعيرنا ، قال : فقضى بينهم أن يغرموا له حظه من أجل انه أوثق حظه ، فذهب حظهم بحظه[1] ، فان ظاهره ان الغرامة بقدر البعير لابقدر مالك البعير .

ونحوه رواية الطوسي في النهاية قال : وقضى أمير المؤمنين عليه السلام في بعير بين أربعة نفر ، فعقل أحدهم يده فتخطى الى بئر فوقع فيها ، فاندق ان على الشركاء الثلاثة ان يغرموا له الربع من قيمته ، لانه حفظه وضيعه عليه الباقون بترك عقالهم اياه[2] ، كما يؤيده أيضاً الروايات التي ذكروها في باب حكم الدابة اذا جنت على اخرى في [كتاب الديات] .

وأيد الحكم الجواهر أيضاً بقوله : ولذا كان في وطئ الولد جارية الاب بالشبهة مهر المثل كما في وطئ الاجنبي ، وان حرمت بالاول على الاب كما هو واضح ـ انتهى .

وعلى هذا، فيؤيده أيضاً كل وطئ محرم زوجة على الزوج ، نعم لايبعد المحكى عن التذكرة حيث قال: لو غصب شيئاً تتفاوت قيمته بالنسبة الى أربابه كما لو غصب حجة انسان بدين أوملك ، فالاقرب ضمان التفاوت بالنسبة الى ربه ان غصبه منه، وان غصبه من غيره لم يضمن بالزيادة ، بل ربما يساوي قيمته بالنسبة الى ذلك الغير ، ثم جعل الشأن في الخاتم والنعل بالنسبة الى كبر الاصبع وغيره كذلك .

---

(١) الوسائل : ج ١٨ ص ٢٠٧ الباب ٣٩ من أبواب الضمان ح ١ .

(٢) المستدرك : ج ٣ ص ٢٧٢ الباب ٢٨ من أبواب الضمان ح ١ .

أقول : وجهه حديث لاتوى[1] ولاضرر[2] وماأشبه ، فلو كان كبير الرجل لا يصنع له في المتعارف حذاء كبير، وانما أعطى مثلا ضعف قيمة الحذاء حتى صنع له هذا الحذاء ، ثم انه لم تكن له قيمة بقدر ذلك في السوق ، بل كانت قيمته أقل من الحذاء المتعارف لقلة الابتلاء والاحتياج الى مثل هذا الحذاء ، فانّه اذا أتلفه انسان ، كان اللازم عليه ضمان قدر ماأنفق فيه لاضمان قيمته السوقية ، لانه هو الذي سبب ضرره وتوى حقه .

وكذلك اذا صنع دواءاً لمرضه بقدر مائة درهم مثلا ، لكن هذا الدواء لاقيمة له في السوق اطلاقاً فأتلفه ، فان مقتضى القاعدة انه ضامن للمائة ، لانّه سبب ضرره بهذا القدر ، الى غير ذلك من الامثلة .

ومنه يعلم، ان قول الجواهر في رد التذكرة لم أجده لغيره، كما انه لاوجه له واضح ضرورة عدم ثبوت مالية للشيء في نفسه عرفاً بذلك، بل ظاهر كلام الاصحاب خلافه ـ انتهى . غير ظاهر الوجه .

وعلى هذا ، فاذا أتلف المتلف وثيقة دين أو رهن أو ماأشبه مما سبّب ضياع حق ذلك الانسان صاحب الوثيقة ، لزم عليه اعطاء قدر حقه لاقدر قيمة الوثيقة التي هي عبارة عن ورق ، لانه أضره ، وتوى حقه بقدر المال لابقدر الورق .

أما اذا لم يكن لرد المال قيمة عنده، وانما كانت له قيمة في السوق فأتلفه فالضمان بقدر القيمة السوقية لاطلاق أدلته ، فلاتلازم بين المسألتين حتى يقال كما انه يزداد بالنسبة الى الرد كذلك يجب أن ينقص بالنسبة اليه لوجود لاضرر

(١) المستدرك : ج ٣ ص ٢١٥ الباب ٤٦ من نوادر الشهادات ح ٥ .
(٢) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٤١ الباب ١٢ من أحياء الموات ح ٣ .

ولايتوى في مورد الزيادة ، وعدم وجود مثلهما في مورد النقيصة ، وانما في مورد النقيصة يلزم الرجوع الى القواعد الاولية .

أما مسألة نصهم على بهيمة القاضي، فهو لخلاف مالك وأحمد، من ان في قطع ذنب بهيمة القاضي تمام القيمة لانها لاتصلح له بعد ذلك، وفيه ماعرفت، ولذا كان المحكى عن الدروس اتباع المحقق حيث قال: ان مركوب القاضي كغيره، وان صيره أبتر، ولافرق في كل ذلك بين أن يكون العيب من الغاصب، أو من قبل الله سبحانه وتعالى ، لانه في ضمانه ، ويدل عليه ماتقدم من صحيح أبي ولاد وغيره .

فلايقال: انه كان يعيب من قبل الله تعالى حتى اذا كان عند المالك وتحت سلطته ، وعايه فلاضمان بالنسبة الى هذا العيب على الغاصب ، وكذلك الحال اذا عيبه غير الغاصب .

نعم مقتضى القاعدة أن يكون قرار الضمان على الذي عيبه، ثم من الواضح ان الضمان في الارش يكون بقدر الضرر لابقدر الجناية .

فاذا قطع ذنب حيوان مثلا ، فسبب شلله ، هذا يكون عليه الارش أكثر مما اذا قطع ذنبه فلم يسبب شلله ، وذلك لدليل لايتوى(١) ولاضرر(٢) ونحوهما .

أما اذا لم يكن للعيب ارش ، كما اذا شق اذن الحيوان ، بما لافرق في قيمته صحيحاً ومعيباً فلا شيء عليه ، ولو زادت قيمته بالعيب ، فالظاهر ان الغاصب يملك بقدر الزيادة لماتقدم من بعض الروايات، ولظاهر قوله سبحانه:

---

(١) المستدرك ج ٣ ص ٢١٥ الباب ٤٦ من نوادر الشهادات ح ٥ .
(٢) الوسائل ج ١٧ ص ٣٤١ الباب ١٢ من إحياء الموات ح ٣ .

﴿ان ليس للانسان الا ماسعى﴾[١] مما يدل على ان سعي كل انسان لنفسه، وكونه غاصباً لايوجب ارتفاع الحكم الوضعي .

قال في الجواهر: ولاتقدير في قيمة شيء من أعضاء الدابة ، بل يرجع الى الارش السوقي، وروي في عين الدابة ربع قيمتها، وحكى الشيخ في المبسوط والخلاف عن الاصحاب في عين الدابة نصف قيمتها، وفي العينين كمال قيمتها وكذا كل مافي البدن منه اثنان والرجوع الى ارش السوقي أشبه ـ انتهى .

والروايات الواردة في عين الدابة مارواه أبو العباس ، عن الصادق عليه السلام انه قال : من فقاء عين دابة فعليه ربع ثمنها[٢].

وفي صحيح عمر بن اذينة: كتبت الى أبي عبد الله عليه السلام أسأله عن رواية الحسن البصري يرويهـا عن علي عليه السلام في عين ذات الاربع قوائـم اذا فقئت ربع ثمنها ؟ فقال عليه السلام : صدق الحسن ، قال علي عليه السلام ذلك[٣].

وفي الصحيح ، عن محمد بن قيس، عن أبي جعفر عليه السلام قال : قضى علي عليه السلام في عين فرسٍ فقئت ربع ثمنها[٤].

وعن مسمع بن عبد الملك، عن أبي عبدالله عليه السلام ان علياً قضى في عين دابة ربع الثمن[٥].

وعن الشيخ الطوسي في كتاب النهاية : وفي عين الدابة اذا فقئت ربع

---

(١) سورة النجم : آية / ٣٩ .

(٢) الوسائل : ج ١٩ ص ٢٧١ الباب ٤٧ من أبواب ديات الأعضاء ح ١ .

(٣) الوسائل : ج ١٩ ص ٢٧١ الباب ٤٧ من أبواب ديات الأعضاء ح ٢ .

(٤) الوسائل : ج ١٩ ص ٢٧١ الباب ٤٧ من أبواب ديات الأعضاء ح ٣ .

(٥) الوسائل : ج ١٩ ص ٢٧١ الباب ٤٧ من أبواب ديات الأعضاء ح ٤ .

قيمتها على ماجاءت به الاثار.[1]

وفي الجعفريات ، بسند الائمة الى علي عليه السلام قال : قضى في عين الدابة ربع قيمتها.[2]

أما ماحكاه المحقق عن الشيخ من نصف القيمة، فقد قال الشيخ في محكى المبسوط : روي أصحابنا في عين الدابة نصف قيمتها ، وفي العينين كمال قيمتها ، وكذلك قالوا في سائر الاطراف مما في البدن منه اثنان ففيه كمال القيمة .

وقال في محكى الخلاف : اذا قلع عين دابة كان عليه نصف قيمتها، وفي العينين جميع قيمتها، وكذا كل ماكان في البدن منه اثنان، ففي الاثنين جميع القيمة ، وفي الواحد نصف قيمتها ، دليلنا اجماع الفرقة وأخبارها، لكن ذكر غير واحد من الفقهاء انهم لم يظفروا بروايات النصف .

ولايخفى، ان الروايات المتقدمة في ربع القيمة لايمكن العمل بها، لاعراض المشهور عنها .

قال في المسالك: والاصح وجوب الارش مطلقاً لضعف ماأوجب التقدير فان هذه الروايات لايقول الشيخ بمضمونها، ومادعاه لم نقف فيه على رواية ـ انتهى .

وقبل ذلك نقل عن الشيخ في المبسوط انه وافق المشهور في الارش ، ولعل علياً عليه السلام قال: ذلك في مورد خاص أي عين فرس خاص ، وكان الارش

---

(١) المستدرك : ج ٣ ص ٢٨٣ الباب ٤٣ من أبواب ديات الأعضاء ح ١ .

(٢) المستدرك : ج ٣ ص ٢٨٣ الباب ٤٣ من أبواب ديات الأعضاء ح ٢ .

مطابقاً لربع القيمة ، لا انه قاله مطلقاً، أو ان الامر محمول على التقية كما في صحيح ابن اذينة روايته عن الحسن البصري، والحسن البصري من المنحرفين عن علي عليه السلام ، كما لايخفى لمن راجع الرجال .

وفي الجواهر: لم نجد بها عاملا سوى ماعن النهاية والوسيلة من انه في فقاء عين البهيمة ربع قيمتها بعد الحكم فيهما أيضاً ان الجناية على أعضائها بحسب قيمتها ، ولولا ندرة القائل بذلك لكان العمل بها في خصوص العين متجهاً[(١)] ـ انتهى .

بل النهاية كتاب الروايات ، يعني انه أخذ مضمون الروايات وجعلها فتوى ، فليس قوتها كقوة الكتب الفتوائية .

وكيف كان، فالظاهر كون الدابة كسائر الاموال، ففي عيبها الارش مأكول اللحم كالشاة أم لا ؟

ولذا قال في الجواهر ممزوجاً مع الشرائع: لكن هجر الرواية مع فرضه ومعارضتها بما سمعت منع من العمل بها ، كما انه منع من العمل بما حكاه الشيخ من الاجماع والاخبار ، حيث لم نعرف ذلك لاحد ممن تقدمه لافتوى ولارواية، بل فتواه نفسه وروايته بخلافه .

وبذلك كله ظهر لك، ان ماعليه المشهور من الرجوع الى الارش السوقي مطلقاً أشبه باصول المذهب وقواعده ، لانه مال كغيره من الاموال، ولا يقاس على الانسان في ذلك ، كما لايقاس على العبد في الرجوع الى دية الحر مع التجاوز ، الى آخر كلامه .

---

(١) الجواهر : ج ٣٧ ص ١١٤ .

ثم الظاهر انه لو قطع أذن الحيوان أو يده أورجله ، أو فقأ عينه ثم أرجعه الى مكانه بعمل جراحي، لم يكن عليه شيء اذا لم تتفاوت القيمة، اذ ظاهر أدلة الارش انه فيما كان باقياً ، والا اذا لم يبق فقد رد الغصب وشمله الغصب كله مردود ونحوه .

أما اذا جرحه أو أعماه وطاب هو بنفسه فهو ضامن ، لان الطيب من الله سبحانه وتعالى ، والضمان ثبت فلاوجه لارتفاعه بالطيب فتأمل ، وحيث كان اللازم الارش ، فلاينبغي التكلم حول ماكان لم يفقأ العين ، وانما أعماها مثلا أو أعمى نصف العين مثلا ، أو انه قلع وأتلف مافي الحيوان أكثرمن الاثنين مثل الاسنان ، أو كان الحيوان ذا ثلاثة عيون فرضاً .

ولا فرق بين أن يكون النقص بسبب في ذاته ارش، أوكان النقص سبباً لعيب آخر، مثلا قلع سناً من أسنان الحيوان فلم يتمكن من الاكل، بينما انه اذا كان متمكناً من الاكل لم يكن عليه شيء ، لان في قلع سنه لم يكن تفاوت بين الصحيح والمعيب ، وكذا الحال اذا سبب جنون الحيوان مثلا ، فانه يؤخذ منه الارش ، ومسائل الضمان في الحيوان كثيرة ذكرنا جملة منها في [كتاب الديات] .

ولو أمّن الحيوان أو السيارة أو ما أشبه فسبب ضرراً فأعطى الضرر التأمين ، لم يجب على صاحب الحيوان أو السيارة التدارك بعد ذلك ، بل الواجب على التأمين العطاء حسب العقد بين صاحب السيارة وبين التأمين .

نعم، لايلزم على المتضرر أن يراجع التأمين ، وانما له ان يراجع نفس الذي عطبه ، فاذا رجع الى التأمين لم يرجع التأمين الى العاطب .

وأما اذا راجع العاطب حق للعاطب أن يرجع التأمين حسب القاعدة ،

وقد ألمعنا الى هذه المسألة في كتابي: [احياء الموات والديات] وغيرهما .

أما اذا كان التأمين حسب عقده يعطي أقل من العطب، فاذا أخذه المعطوب منه حق لـه أن يراجع العاطب في التفاوت .

واذا أعطى أكثر من الارش أوالدية المقررة شرعاً، فانه لايصح للمعطوب منه أخذ النفاوت الزائد، لانه لا حق له الا بالتصالح، حيث ذكرنا في [كتاب الديات] انه يصح التصالح بالاكثر، فهو مثل أن يصالح عن الدين الذي هو أقل بالاكثر .

نعم يشترط في عقد التأمين أن يكون حسب شروط سائر العقود .

ثم ان الفقهاء (ره) هنـا ذكروا مسألة غصب العبد أو الامة ، وحيث عدم الابتلاء في الحال الحاضر، فعلى الطالب أن يرجع الى كتبهم .

(مسألة ـ ٢١ ـ) قال في الشرائع : واذا تعذر تسليم المغصوب دفع الغاصب البدل ويملكه المغصوب منه ولايملك الغاصب العين المغصوبة، ولو عادت كان لكل منهما الرجوع .

وقال في الجواهر: كماصرح بذلك كله غيرواحد من أساطين الاصحاب كالشيخ وابن ادريس والفاضل والشهيد والكركي وغيرهم ، بل في المسالك نسبته اليهم ، مشعراً بالاتفاق عليه ، بل في محكي الخلاف و الغنية نفي الخلاف عن ملك المغصوب منه البدل المزبور ، بل ظاهرهما على ما قيل بين المسلمين .

أقول : أما اذا تعذر تسليم المغصوب وجب دفع الغاصب البدل فذلك لنصوص الضمان والاجماع، فلااشكال في الامر، وأما انه يملكه، فلأنه ظاهر النصوص، بالاضافة الى الاجماع، فان معنى الضمان المنطوق به في الروايات والمفهوم من بعض الروايات الاخر هو ذلك .(١)

فعن محمد بن الحسين قال : كتبت الى أبي محمد عليه السلام ، رجل دفع الى رجل وديعة وأمره ان يضعها في منزله، أولم يأمره في منزل جاره فضاعت هل يجب عليه اذا خالف أمره وأخرجها من ملكه؟ فوقع عليه السلام : هو ضامن لها انشاء الله .

وعن محمد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام قال: سألته عن العارية يستعيرها الانسان فتهلك أوتسرق؟ فقال: ان كان أميناً فلا غرم عليه.(٢)

وفي رواية اخرى زيادة: وسألته عن الذي يستبضع المال فيهلك أويسرق

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ٢٢٩ الباب ٥ من أبواب أحكام الوديعة ح ١ .
(٢) الوسائل : ج ١٣ ص ٢٣٧ الباب ١ من أبواب أحكام الوديعة ح ٧ .

أعلى صاحبه ضمان؟ فقال: ليس عليه غرم بعد أن يكون الرجل أميناً[(١)].

وفي رواية ثالثة، عن مسعدة بن زياد، عن جعفر بن محمد عليهما السلام قال: سمعته يقول: لا غرم على مستعير عارية اذا هلكت أو سرقت أو ضاعت اذا كان المستعير مأموناً. فان المفهوم من الشرط الضمان اذا لم يكن كذلك[(٢)].

وكذا في الدلالة مفهوماً رواية الدعائم، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: اذا أحرز الرجل الوديعة حيث يجب أن تحرز الودائع، ثم تلفت أوسقطت منه قبل أن يحرزها أو ضلت أو نسيها، أو هلكت من غير خيانة منه عليها ولا استهلاك لها فلا ضمان عليه[(٣)].

هذا بالاضافة الى عمومات مثل: على اليد، ومثل: ﴿وجزاء سيئة سيئة﴾[(٤)] ومثل: ﴿ ومن عاقب بماعوقب بـه ﴾[(٥)] الى غير ذلك مماتقدم جملة منها، بل ولصدق التلف في مثل السرقة، وضلال الدابة، ووقوع الشيء في البحر فيشمله من أتلف مال الغير فهو له ضامن[(٦)].

والظاهر ان الغاصب ونحوه بعد دفعه البدل يملك المبدل منه، لدليل لا ضرر، ولا يتوى حق امرء مسلم[(٧)]، وحقوق المسلمين لاتبطل[(٨)]، ولعرفية عدم

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ٢٣٧ الباب ١ من أبواب أحكام الوديعة ح ٨ .
(٢) الدعائم : ج ٢ .
(٣) سورة الشورى : آية / ٤٠ .
(٤) سورة الحج : آية / ٦٠ .
(٥) الوسائل : ج ١٨ ص ٢٣٩ الباب ١١ من أبواب الشهادات ح ٢ .
(٦) المستدرك : ج ٣ ص ٢١٥ الباب ٤٦ من أبواب الشهادات ح ٥ .
(٧) الوسائل : ج ١٤ ص ٢١٠ الباب ٦ من عقد النكاح ح ٩ .
(٨) الوسائل : ج ١٨ ص ٢٤٩ الباب ١٨ ح ٣ .

الجمع بين العوض والمعوض، والشارع لم يأت بشيء يخالف ذلك مما يدل على انه أقر العرف، ولهذا اشتهر في ألسنتهم في مختلف الابواب عدم الجمع بين العوض والمعوض، مع انه ليس على هذا اللفظ دليل خاص .

نعم المشهور كما نسب اليهم ذهبوا الى ان العين تبقى على ملك المالك، ولم يستدلوا لذلك إلا بما في مفتاح الكرامة وغيره مما حاصله: ان بقاء العين على ملك المالك انما هو لامتناع كون الملك لا مالك له ولا ناقل الى الغاصب فمقتضى الاستصحاب بقاء الشيء على ملك مالكه، ولذا تأمل جملة من الفقهاء في كلام المشهور، أو أفتوا بعدمه كالعلامة وولده (رحمهما الله) حيث تأملا في ذلك، وكذلك المحقق والشهيد الثانيان .

فقد قال الاول : ان هنا اشكالا ، فانه كيف تجب القيمة ويملكها بالاخذ ويبقى العين على ملكه وجعلها في مقابلة الحيلولة لايكاد يتضح معناه .

وقال الثاني : لا يخلوا قولهم من اشكال من حيث اجتماع العوض و المعوض على ملك المالك من دون دليل واضح، ولو قيل بحصول الملك لكل منهما متزازلا وتوقف تملك المغصوب منه للبدل على اليأس عن العين، وان جاز له التصرف كان وجهاً في المسألة ، وقد حكاه عنه صاحب الكفاية مستحسناً له .

وبذلك ظهر وجه النظر في قول المحقق الرشتي حيث قال : في الامور التي ذكرها حول المسألة: الثاني عدم ملك الغاصب للعين المغصوبة ، لانه لم يغرم عنها ، وانما غرم عن السلطنة ، وهذا دخل في صورة التلف ، فانه يدفع البدل فيها، فانه بدفع البدل فيها يملك التالف على معنى خروجه من كيسه ،

وكون تلفه في ملكه ، فلا مجال لتوهم خروج المال الزائل عنه المالية عن ملك المالك بعد أخذ الغرامة ودخوله في ملك الغاصب ـ انتهى .

اذ قد عرفت ، ان ظاهر الضمان انه يملك ماضمنه الغاصب وأعطاه له ، فكيف يمكن أن يبقى المبدل منه في ملك المغصوب منه أيضاً حتى يسبب الجمع بين العوض والمعوض؟ الى غيرذلك من الادلة التي تقدمت ممايناني بقائه على ملك المغصوب منه ونحوه .

ومن هنا يظهر وجه النظر في قول الجواهر حيث ذكر: ان ملكية المغصوب منه للبدل لاتستلزم خروج المبدل عنه عن ملك الاول ، بل لعل قوله ﷺ : حتى تؤدي[1] ظاهر في خلافه، مضافاً الى اصالة بقائه على ملكه، والى ما عرفته من الاتفاق عليه، ولذا لم يذكروا خلافاً، بل ولا اشكالا في ملك نمائه المنفصل له ، ودعوى انه من الجمع بين العوض والمعوض عنه الممنوع منه شرعاً واضحة الفساد ، بل هي مجرد مصادرة .

الى ان قال : فعلى الغاصب ضمان قيمة العين تحقيقاً لاتقديراً، وهو المسمى بضمان الحيلولة، ومعه يملك المغصوب منه القيمة المضمونة عليه باعتبار كونها كالدين على الغاصب فيملكها من هو له، وان بقيت العين مملوكة له أيضاً للاصل، وغيره مما عرفت ـ انتهى.

اذ قد عرفت ان مقتضى القاعدة انه اذا ملك المغصوب منه البدل ملك الغاصب العين، وكونه ممنوعاً شرعاً أن يجمع بين العوض والمعوض هو مقتضى القاعدة، فلم يظهر وجه وضوح فساده، كما لم يظهر وجه كونه مصادرة و أية

---

(١) المستدرك : ج ٢ ص ٥٠٤ الباب ١ من أبواب العارية ح ١٢ .

مصادرة في ذلك .

وعليه ، فاذا سرق بسبب التفريط مثلا من عنده شاة انسان، فأعطاه شاة بدل شاته وذهب ذلك الانسان، ثم بعد مدة جاء السارق تائباً الى الله سبحانه وتعالى بالشاة المسروقة، وببدل لبنها ونتاجها من الصوف والولد وماأشبه ، كان كل ذلك للمفرط، كما ان الشاة المعطاة ولبنها وصوفها ونتاجها للذي فرط في ماله .

وعلى ماذكرناه من ان مقتضى ظاهر الادلة ملك المغصوب منه للبدل ، فيكون الغاصب يملك العين لعدم الجمع بين العوض والمعوض بدليل لاضرر ولايتوى وغيرهما، اذا حصلت العين بعد مدة مديدة لا حق لاحدهما في الزام الاخر بالتراد ، اذ الاصل عدم كونه ملكاً محدوداً ولا ملكاً مراعى ، فان المحدودية في الملك والمراعاة كلاهما بحاجة الى الدليل، فالاصل عدمهما، ومنه يعلم، وجه النظر في قول الجواهر .

نعم قد يقال: ان مقتضى قوله ﷺ: حتى تؤديه.[(١)] مضافاً الى الاتفاق ظاهراً ان ملك المغصوب منه متزلزل بمعنى كونه مراعى بعود المال، فينفسخ الملك حينئذ قهراً بالاداء الذي هو غاية الضمان، ومن هنا جزم في التذكرة بأن القيمة المدفوعة يملكها المغصوب منه ملكاً مراعاً بالحيلولة فيزول بزوالها .

وفي جامع المقاصد : هو واضح، بل هو الذي جزم به في القواعد أولا فقال: يترادان .

ومن هنا تعجب الكركي منه فقال: والعجب ان المصنف جزم فيما سبق

---

(١) المستدرك : ج ٢ ص ٥٠٤ الباب ١ من كتاب العارية ح ١٢ .

بالتراد ، وتردد في ان للغاصب حبس العين الى أن يأخذ البدل، ومن هنا تردد في اجبار المالك على الدفع لو طلبه الغاصب ، وينبغي عدم التردد في وجوب الرد حينئذ، لان هذا الملك ثبت على طريق القهر لاجل عدم وصول ملك المالك اليه .

فان كان على جهة البدلية ، فاذا استحق المالك ملكه وجب عود مال الغاصب اليه، لامتناع زوال البدلية وعدم رجوع كل من البدلين الى مالكه ، وان كان على جهة الحيلولة فقد زالت فلا وجه لعدم الرد أصلا ، لان الحال دائر بين الامرين الى آخره وان كان يرفع عجبه ماذكرناه من احتمال تمامية ملك المالك لما أخذه على وجه لا تسلط للغاصب على فسخه، فان له الرضا بماقبضه عوضاً عن ماله كماعرفت ـ انتهى كلام الجواهر .

فانه قدعرفت انه لاوجه لجعله مراعى بعد ظهور الضمانفي الادلة وغيرها في الملكية لهذا الجانب المستلزم لملكية الغاصب بضميمة اصالة عدم حق أي منهما في الزام الاخر بالتراد، فهل يمكن القول بأنه بعد وقوع عشرات المعاملات ونحوها كالارث على البدل اذا حصلت العين حق لهذا الجانب أو لذلك الجانب أن يترادا ، وتنهدم كل تلك المعاملات ونحوها .

ومنه يعلم وجه النظر في قول المحقق الرشتي : ان لكل منهما الرجوع بزوال التعذر ، لان دفع البدل اذا كان تداركاً بغير رقبة العين كالسلطنة فيزول الحيلولة بعود التدارك ، فلايبقى ملك المالك للبدل حينئذ للزوم الجمع بين العوضين ، فللغاصب الزامه برد البدل ، لانه بزوال الحيلولة عاد الى ملكه بعد أن خرج عنه ، كما ان للمالك أيضاً مطالبة عين ماله .

ثم ان مرجع التراد الى كون زوال التعذر بمنزلة الفسخ والاقالة ، لاالى كون ملكيةالبدل مغيات بعدم زوال العين، لان الملكية المحدودة لايكاد يتعقل، وأماالتحديد في بعض صورالوقف، فمرجعهالى زوالالملكية بانتفاءالموضوع عن المالك نحو خروج الملكية عن قابلية التمليك كالخمر ـ انتهى .

فانه بالاضافة الى ماورد عليه فـي جوابالجواهريرد عليه ان قوله: لايكاد يتعقل غير ظاهر، فانه ليس للعقل مدخلية في مثل هذه الامور الاعتبارية والتي اعتبارها بيد المعتبر، اللهمالا أن يكون مراده بعدمالتعقل عدم التعقل المستفاد من الادلة لاعدم التعقل بمعناه اللغوي ، ولعله أشار الى ذلك في أخير كلامه.

لايقال: اذا كان بدل الحيلولة يوجب انتقال كل واحد من البدل والمبدل منه الى طرف آخر لزم انه اذا ألقى ابريق غيره في البحر ، وأعطاه ثمنه مثـلا في نفسالوقت أو بدله ابريقاً آخر، ثم خرج الابريقالمغرق في نفس الوقت فرضاً ، يلزم أن يكون هذا الابريق مال الغاصب ، والثمن مال المغصوب منه، وهذا بعيد جداً لايدل عليه الادلة، وليس هو بعرفي على ماذكرتم سابقاً من‌ان بدل الحيلولة عرفي لم يردع عنه الشارع ؟ .

لانه يقال: في مثل هذا المورد توهم انه بدل الحيلولة، لا انه في الحقيقة بدل الحيلولة .

والكلام فيما اذا لم يحصل الشيء في القريب ، كما اذا سرقه وذهب بـه وبعد عشر سنوات مثلا وجدت العين المسروقة .

أما اذا سرقه وذهب به وبعد غد جاء به أو أخذ منه، لايكون الشيء الذي أعطاه المفرط ، أو الملقى في البحر مثلا بدلا ، وانما توهم كونه بدلا، ولذا

في مثل هذا المورد يلزم القول بأن نمائه أيضاً لمالكه، كما ان نماء البدل أيضاً للغاصب والمفرط .

نعم اذا ألقى ابريقه مثلا في البحر، وكانت له أجرة في يوم وليلة لزم على الملقى اعطاء تلك الاجرة لانها منفعة فوتها على مالكها ، كما تقدم في بحث تفويت المنافع .

ثم انه حيث ان الذي حال بين المال ومالكه ضمن مثله ، سواء كان مثلياً أو قيمياً، كما ذكرنا في ان في القيمي أيضاً يتعلق بذمة المتلف والغاصب المثل لا القيمة، فانه يعتبر في القيمة في المقام دفع القيمة الى يوم الدفع، فلو كان في وقت القاء ابريقه في البحر ، أو تفريطه حتى سرق قيمته عشرون، ويوم الدفع ثلاثون ، يجب دفع الثلاثين لانه وقت تحول المثل الى القيمة ، الى آخر ما ذكرناه هناك .

وبذلك أفتى المحقق الرشتي وآخرون ، وان كان تعليله غير تام قال :ان العبرة ببدل العين في حال الدفع، لا في حال الحيلولة ، لعدم سببيتها لاشتغال ذمة الغاصب بالبدل ، حتى يكون مثل بدل التالف في اقامته على زمان التلف، بل انما صار سبباً لتوجه الامر برد السلطنة المتوقفة على اقامة بدل العين مقامها الى الغاصب ، فالواجب عليه في كل آن ليس الا اقامة بدلها في ذلك الان مقامه ، فلو عصى هذا التكليف فقد استحق أثماً من غير أن يستقر في ذمته بدل ذلك الان ، الى آخر كلامه ، وانما قلنا بعدم صحة تعليله لما سبق من ان الضمان في الروايات وغيره ظاهر في نفس ما يظهر من الضمان في باب التلف .

و لذا قال في الجواهر : انه يتجه مطالبة المالك بالزائد اذا فرض كونها أعلى يوم التلف ضرورة بقائها على ضمان الغاصب .

أما اذا فرض العكس ، ففي تسلط الغاصب على استرجاع الزائد نظر ، أقواه انه يتجه مطالبة المالك بالزائد اذا فرض كونها أعلى يوم التلف ضرورة بقائها على ضمان الغاصب.

أما اذا فرض العكس ، ففي تسلط الغاصب على استرجاع الزائد نظر ، أقواه العدم للاصل، ولان دفعه مستحقاً عليه و غير ذلك ـ انتهى .

لكنك قد عرفت انه يجب القول بأعطاء الاعلى الى وقت الدفع، لا الى زمان التلف فقط، أما الاعلى الذي نزل بعد ذلك فان كان المالك بصدد بيعه ونحو ذلك في ذلك الوقت ، ممايصدق عليه انه ضرر بسبب حيلولته عن المالك ، كان له أخذ الاعلى ، والا لم يكن للمالك التفاوت لعدم صدق الضرر بعد ان كان المثل متعلقاً بذمته ، وقد دفع بدل المثل مثلا ، أو قيمته في وقت الدفع.

أما النماء المتصل والمنفصل فقبل الدفع مضمون على الحائل ، أما بعد الدفع فلا ضمان ، كما اذاسبب بتفريطه سرقة شاة المالك ، ثم انها نمت نماءاً متصلا أو منفصلا ، ولم يدفع المفرط بعد البدل الى المالك، فانه ضامن له، اذ النماء أيضاً ملك المالك وقد حال هذا المفرط بينه وبين نماء ملكه ، أما اذا دفع بدله ثم ان الشاة نمت عند السارق ، فانه لايجب عليه دفع شيء ، لان البدل صار بدلا، والمبدل منه صار ملكاً للغاصب أو المفرط .

وبذلك يظهر وجوه النظر فيما ذكره الجواهر ، حيث قال : يتجه ضمان مايتلف من العين المغصوبة من النماء المتصل والمنفصل، كما جزم به في جامع

المقاصد ، وان استشكل فيه الفاضل في القواعد من حيث انه لم يدخل تحت يده التي هي سبب الضمان ، لان الفرض تجدده بعد دفع القيمة وبراءته من العين ، فأولى بأن يبرء من النماء .

وفيه أولا : انه سبب تلفه على المالك .

وثانياً : منع براءته من الضمان للعين ، فضلا عن نمائها للاصل، ولذا قلنا بوجوب القيمة عليه يوم التلف مع فرض كونها أعلى من يوم الحيلولة ، اذ الدفع لها لا يقتضي البراءة من الضمان .

نعم لو فرض تلفها ولم يكن لها نماء ولا زادت قيمتها كانت قيمته يوم الحيلولة مجزئة، اذ لايجب للعين الواحدة قيمتان، اللهم الا أن يقال: ان ذلك كله داخل في القيمة المدفوعة بدلا عنها كالمنافع في أحد القولين ـ انتهى .

اذ قد عرفت براءة ذمة الحائل عن العين ، فكيف يضمن النماء بعد ذلك؟ ولا مجال للاصل هنابعد الدليل، وهو ماتقدم من الفاظ الضمان في الروايات وغيرها مما يدل على انه اذا دفع برء ، لا انه يبقى بذمته شيء .

كما انه ظهر مماتقدم انه لاوجه لتردد المحقق‌الرشتي حيث قال : لوتلف العين بعد مادفع بدل‌الحيلولة، وكان قيمته أكثر ممادفع للحيلولة، ففي ضمانه للزائد وعدمه وجهان ـ انتهى .

اذ اللازم القول بعدم ضمانه للزائد بأنه بعد دفع بدله فرغت ذمته .

كما انه ظهر أيضاً عدم وجه لترديده في‌مسألة مالو حصل‌للعين نماء متصل أومنفصل قال : ففي ضمان الغاصب له أيضاً وجهان .

نعم بعد ذلك أضرب المحقق الرشتي عن تردده في الفرع الاول قائلا : التحقيق فيه عدم الضمان ، لان دفع البدل في حكم عود سلطنة المالك على

عينه حقيقة، فكأنما عادت الى يده فتلفها واقع في يد صاحبها حكماً في الشرع والعرف فلاوجه لضمان الغاصب بعد الدفع .

نعم لو تصرف فيه أجنبي غير الغاصب دخل تحت ضمانه ، اذ لامنافاة بين خروج أحد الغاصبين عن الضمان بدفع بدل العين للحيلولة مثلا ، وبين بقاء ضمان الباقين كما في تعاقب الايادي ، فللمالك مطالبة الاجنبي بالعين أو بدلها لو تعذر في صفة الرد أيضاً ، لكن لو أخذ البدل من الاول لم يكن له الاخذ من الثاني،لان المال الواحد لايكون له عوضان على قياس تعاقب الايادي الى آخر كلامه .

فانه وان صح بالنسبة الى عدم الضمان بالنسبة الى الحائل الاول ، لكن لاوجه للضمان بالنسبة الى الغاصب الثاني لما عرفت، فان البدل لما صار ملكاً للمالك صار المبدل منه ملكاً للحائل الاول،فلاربط له ولا منافعه ولانمائه بالنسبة الى المالك الاول .

ثم ان مفتاح الكرامة قال: وليعلم انه يجب على الغاصب دفع البدل فوراً اذا طلبه المالك، ويكفي لوجوب دفعه تعذر دفع العين على الفور، ولااشكال في شيء من ذلك، وانما الاشكال فيما اذا كان يتمكن من الدفع بعد يوم مثلا فهل يجب دفع البدل ؟

قال في جامع المقاصد: فيما يأتي ان اطلاق كلامهم يقتضي الوجوب ، ويناسبه ان الغاصب مؤاخذ بالاشق، قال: ولم أقف على تصريح بنفي واثبات، قلت: الظاهر من كلامهم كماسمعته ان المتمكن بعد يوم أويومين أوثلاثة غير متعذر عليه الرد عادة، فلايجب عليه دفع البدل فتأمل ــ انتهى .

أقول: مقتضى الظاهر ماذكره مفتاح الكرامة، لا ماذكره جامع المقاصد

اذ لزوم رد الغصب المستفاد من النص والفتوى ظاهر في رد عينه مع التمكن وهذا يسمى تمكناً، لا انه لايتمكن حتى يرجع الى مثله أو قيمته .

نعم في مثل اليومين والثلاثة وماأشبـه يلزم عليه الاجرة ونحوها، حيث انه فوت المنافع على المالك فيشمله لاضرر، ولايتوى وغيرهما من الادلة.

وقدعرفت سابقاً انه لوأعطى البدل بظن انه تالف لايمكن استرجاعه، ثم أمكن أخذه من الغاصب الثاني أو اخراجه من البحر أوماأشبه تبين انأعطائه البدل كان أعتباطاً، وانما يلزم عليه رد العين بمنافعها واسترجاع البدل بمنافعه لان أحدهما لم‌يصبح ملكاً لاحدهما .

وعلى كل حال، فلا ملك متزلزلا اطلاقـاً، لانه ان دامت الحيلولة ملك ملكاً مطلقاً، وان لم‌تدم الحيلولة كان زعماً للملك لا حقيقة الملك .

ومنه يظهر حال الايادي المتعاقبة من الغصاب على ملك المالك‌وحيلولة أخيرهم بين الملك وبين المالك بالالقاء في البحر ونحوه، فان هنا أيضاً امـا ملك مطلق أو لا ملك مطلقاً .

ومنه يظهر وجه النظر في كلام الجواهر حيث قال: بقي شيء، وهو انـه لوأخذ المالك قيمة الحيلولة في الايدى‌المتعاقبة مثلا من الاولى‌مثلا، فاستحق هو الرجوع بما أداه للمالك علـى من حصلت الحيلولـة في يده من الايدي المتأخرة، أمكن القول بملكه له متزازلا على حسب ملك المالك له لورجع به ابتداءاً، وعلى حسب ملك مادفعه هو اليه، لانه يأخذه بدلا عما دفعه للمالك بأعتبار حصول المغصوب في يده ، فيملكه على حسب ملك المالك لما أخذه منـه .

فاذا عادت العين ورجعت الى المالك عاد هو بمادفعه للمالك، وعاد من كانت الحيلولة في يده بماأخذه الغاصب الاول منه، الا ان نماء الاول للمالك ونماء الثاني للغاصب، واحتمال القول هنا بعدم جواز رجوع ذي اليد الاولى على من حصلت الحيلولـة في يده ، بل يختص الحكم في خصوص التلـف واضح الفساد ضرورة اتحاد المدرك في الجميع ـ انتهى .

فان كلامـه هذا مبني على القول بالملك المتزلزل ، حيث انـه اذا قلنا بالملك المتزلزل في اليد الحائلة نقول بـه أيضاً في الايادي المتعاقبة، اما اذا انهدم المبنى انهدم البناء .

نعم هو كماذكره من اتحاد الحكم في المسألتين ، فاحتمال القول الذي ذكره واضح الفساد على ماذكره ، ثم انـه لماكان الملك اعتباراً عرفيـاً قرره الشارع ينقطع الملك بانقطاع العرفية، ولادليل على انه يبقى الملك الشرعي بعد انقطاع الملك العرفي ، وقولـه عليه السلام : فان الحق القديم لايبطله شيء(١) ظاهر فيما اذا رآه العرف حقاً، لان الموضوع يؤخذ منه لا اذا لم يره العرف حقاً فلايرد على ماذكرناه .

ويؤيد ماقلناه ماورد في الاشياء التي تلقى فى البحر من السفينة المكسرة حيث ورد انها لمن أخذها، وكذلك ماورد فى مسألة الطير الذي يطير ونحو ذلك حيث ورد انـه لمن أخذه(٢)، وقد ذكرنـا مسألة الطير والوحش والسمك حيث تهرب الى الجو والبر والبحر في كتابي [أحياء الموات والصيد] كما

---

(١) انظر : الوسائل : ج ١٧ ص ٣٤٥ الباب ١٧ ح ٣ .

(٢) الوسائل : ج ١٤ ص ٢٤٥ الباب ٣٦ و٣٧ من أبواب الصيد والذبح ح ٣ و ١ .

ذكرنا هناك أيضاً مسألة الاعراض والانعراض (اذا صح التعبير) .

وكذلك ذكرنا مسألة الارض التي تؤخذ في الشارع ونحوه ممايوجب رجوعها الى الاباحة الاصلية ، ولو كانت قبل ذلك مسجداً أو داراً لانسان أو وقفاً لحسينية وماأشبه .

وعلى هذا، ففي المقام اذا سبب الحيلولة سقوط الملك عرفاً، فان البدل يصبح ملكاً للمغصوب منه ونحوه، واذا حصل بعد مدة مديدة لايرجع الى ملك مالكه السابق لسقوط الاعتبار العرفي، ولادليل على الرجوع .

ومن ذلك يعرف وجه النظر فيماذكره المحقق الرشتي، حيث قال: بدل الحيلولة فيبعض أقسامها يقوم مقام العين، ويكون تداركاً عنهاكمافي صورة التلف .

أما اذا حصل اليأس منها على وجه يلحق عرفاً بالتالف، فلو اتفق عود العين، ففي جواز رجوع كل من المالك والغاصب الى ماله كغيره من أقسام الحيلولة، فيجرى فيه علة الرجوع المشار اليها وعدمه ، أي يكون كالتلف الذي يوجب دخول التالف في ملك الغاصب، فلارجوع وجهان .

والذي يقتضيه النظر الصائب ان يقال بالرجوع مطلقاً حتى في التلف الحقيقي، لو فرض خلقة التالف على خلاف العادة بقدرة الله سبحانه، لا لانه مع كونه تالفاً باق في ملك المالك ولو بحكم جعلي شرعي أو عرفي، بل لان قضية البدلية سقوط البدل مع وجود المبدل، فكما ان عود السلطنة فيصورة الحيلولة موجب جواز الرد، كماقررناكذلك عود التالف عيناًكان أومالا، كما في صورة بقائها، وزوال صفة المالية يوجب زوال ذلك .

ولذا قال أخيراً: اللّهم الاّ أن يقال في هذين القسمين: أعني عودالعين أوعود المالية، بأن العائد ملك أومال جديد للغارم باعتبار غرامته للتالف، فلا يعود ما بذله لاجل الغرامة الى ملكه، لانـه انما يعود اذا كان العائد هو الذي أغترم لاجلـه، فيكون ملكاً للمالك كمافي بدل الساطة، نعم يمكن أن يقال في الاخير : بأن المالية الجديدة أيضاً متعلقـة بالمالك ، لكونها من توابع عينـه الموجودة ـ انتهى .

أما ميزان ان العرف يرى انه باق على الملكية أو لا ، فهو شيء يختلف حسب الاعراف وحسب الاشياء ، نعم لو شك في انقطاع الملكية كان الاصل البقاء، أما اذا لم ينقطع الملك ، لكن المالك قد غاب بعد أخذه بدل الحيلولة بما لم يعلم مكانه، مثلا فرط في مال المالك حتى سرقه السارق ، فأخذ المالك بدل الحيلولة وغاب غيبة لايعرف مكانه ، ثم أمكن تحصيل المال من السارق، فان لباذل البدل أن يأخذه من باب التقاص .

وعليه ، فاذا زاد عما أعطاه بدلا يكون الزائد من مجهول المالك ، لكن كون الزيادة مجهول المالك انماهو فيما اذا لم يزد البدل أيضاً، والا فاذاحصل تضخم مثلا زاد كلاهما يكون هذافي قبال ذاك، وان كان في وقت أعطاء المفرط البدل للمالك لم يكن تضخم، بأن لم يكن قيمة البدل الا أقل من قيمة الاصل في الحال الحاضر، اذ الاعتبار بالقيمة الان لابالقيمة في وقت التفريط ونحوه.

ثم الظاهر انـّه لافرق بين أقسام الحيلولة ، سواء كان بالالقاء فـي البحر مثلا، أو في مسبعة يخشى الذهاب اليها من السبع، أو بالتفريط في العين حتى سرقها السارق ، أو أخذها الغاصب ، وبين مثل الاقرار الذي حال بين المالك

وبين ماله بسبب اقرار مـن له يد عليه لغيـر المالك ، أو بالشهادة زوراً ، أو اشتباهاً من الشاهدين بأن المال ازيد بينما المال لعمرو في الواقع ، اذ المناط في الكل واحد وهو ما عرفت .

ومنه يعلم، وجه النظر في قول الجواهر حيث قال : ثم ان الحيلولة التي تبقى العين فيها على ملك المالك ، وان ملـك القيمة انما هي مع معلومية بقاء العين على ملك مالكها ، الا انه منع مانع من تسليمها .

أما اذا كانت الحيلولة تقتضي زوال ملك المالك عنها في ظاهر الشرع ، كالاقرار بالغصبْ بعد البيع ، وكالشهادة على انها مال الغير ونحو ذلك ، مما يحكم به فـي ظاهر الشرع ان العين لغير من أقر له المقر ، فاذا دفـع القيمة للمالك فهل العين أيضاً تبقى على ملك مالكها كالقسم الاول من الحيلولة ، أو تنزل هذه الحيلولة منزلة التلف فيملك الحائل اذا أدىللمالك العين التي حال بينها وبين مالكها بالاقرار؟ لم أجده محرراً هنا، بل ظاهرهم فيما يأتي الاول، ولكن الثاني محتمل ، وربما يشهد له بعض الكلام السابق فـي باب الاقرار ـ انتهى .

والظاهر ان مسبب الحيلولة بين المالك وملكه يلزم عليه التدارك، وانلم تكن الحيلولة من الاقسام السابقة، مثلا : اذا شهد شاهدان ان زيداً ولد عمرو بينما هو ولد بكر ، فلما مات بكر خلف ارثاً، لو كان زيد بظاهر الشرعولده لكان ورثه ، فان الشاهدين يجب عليهما تدارك الارث ، حيث انـّهما بكذبهما قد فوتا المال على الوارث .

وكذلك في مورد الاقرار بأن كان تحت يده ولـد زيد ، والناس يعرفون

انه ولده ، ثم انه أقروبه لعمرو مما سبّب تفويت الولد على والده ، وكذلك فيما اذا فوت حق المستأجر في أجيره باقراره أو بشهادته فيما يسمع الاقرار والشهادة .

وهكذا الحال فيما اذا أقر أو شهد بأن امرأة زيد هي امرأة عمرو ، مما سبب تفويت البضع على الزوج ، فالظاهر انه يجب عليه أعطاء الزوج المهر الذي خسره عليها ، الى غير ذلك من الامثلة ، وان كان في بعضها تأمل .

ثم انا قد ذكرنا في [كتاب الاقرار] انه لادليل على انه اذا أقر انسان لانسان بعين، ثم أقر بها لاخر انه يخسر للاول العين، وللثاني القيمة، لان العلم الاجمالي بأنها لاحدهما يمنع عن ذلك، والاقرار لايتمكن أن يقاوم العلم الاجمالي كسائر اقسام الطرق والامارات، وكذلك دليل لاضرر محكم على ماذكروه، وهو كما اذا قام شاهدان على ان الشيء لزيد و شاهدان على انه لعمرو ، فدليل اقرار العقلاء على أنفسهم جائز(١) لايشمل مثل ذلك خصوصاً اذا قال المقر: اني اشتبهت في اقراري الاول .

ومنه يعرف ، انه لامبنى لبدل الحيلولة في المقام ، ولالغير بدل الحيلولة، فقول المحقق الرشتي : من أقر بما في يده لاحد ، ثم لاخر ضمن للثاني قيمة المقربه ، وسموه بقيمة الحيلولة وصدقها عليه حقيقة لايخلو عن خفاء ، اذ ليس للمقر له مال يتعذر وصوله اليه بحيلولة المقر ، وانما استحق عليه مالا باقراره الذي هو سبب شرعاً ، وقد يقال : انه بالاقرار الاول حال بين الثاني وما في يده باعترافه بماله لغيره ، وفيه ان الاقرار الاول اتلاف لمال الثاني باعتراف

---

(١) الوسائل : ج ١٦ ص ٥٦٨ الباب ٣ من كتاب الإقرار ح ٢ .

المقر ، فلا يكون حيلولة ، نعم ، لما كان سبباً لخروج ماله باعترافه كان في الحيلولة ـ انتهى .

فانه لاوجه لعطائين حتى يتكلم حول انه بقيمة الحيلولة أو غيرها، أما اذا لايمكن التقسيم،كما اذا اعترف ببنته زوجةلزيد، ثم اعترف بها زوجة لعمرو فانه يرجع الامر الى سائر الادلة كالقرعة وغيرها ، ولامجال للقول بأنه يضمن للثاني المهرمثلا ، حيث انه فوتها عليه باعترافه أو لالغيره ، ومثل حال المال مالواعترف لانسان بأنهقتله، ثم اعترف بأنه قتل انساناً آخر ، ولا يمكن الجمع بين القتلين .

كما اذا اعترف بأنه قتل زيداً في مكة في يوم السبت، واعترف أيضاً بأنه قتل زيداً في الكوفة فى نفس يوم السبت ، وفي نفس الدقيقة ، حيث لايعقل الجمع بينهما ، الى غير ذلك من الامثلة .

وكيف كان ، فقد قال المحقق الرشتي : لو قصر الزمان على حد يتسامح عرفاً لم يبعد سقوط مطالبة البدل فيه ، مثلما اذا كان العين المغصوبة فيجيب الغاصب ، فانه ليس للمالك أخذ ما فييده بد لاعن العين ، بأعتبار كونزمان اخراجها من الجيب أطول من زمان رفع ما فىاليـد بدلا ، اذ ليس الخروج عنعهدة المأخوذ في مثل هذا الفرض ،الا بدفع العين ، فمطالبة البدل حينئذ مطالبة لغير الحق ـ انتهى وهو كما ذكره .

نعم لو كان الزمان ولو كان قليلا لـه اجرة ، فانه قد فوت المنافع علـى المالك ، ولذا يجب عليه تداركها كما يأتي في المسألة اللاحقة .

(مسألة ـ ٢٢ ـ) قال في الشرائع : وعلى الغاصب الاجرة ان كان ماله اجرة في العادة من حين الغصب الى حين دفع البدل .

وفي الجواهر : بلاخلاف ولااشكال، بل الاجماع بقسميه عليه لما عرفته فيما تقدم من ضمان كل ما فات في يد الغاصب ولو بآفة سماوية ، اذ المنافع أموال فتضمن كالاعيان .

أقول : وقد تقدم خبر أبي ولاد[1] وغيره مما يدل على ذلك ، فلا حاجة الى التكرار .

وقال في القواعد: والمنافع المباحة مضمونة بالفوات تحت اليد وبالتفويت.

وفي مفتاح الكرامة : المراد بالفوات ذهابها بغير استيفاء ، وبالتفويت استيفائها ، واحترز بالمباحة عن المحرمة كالغناء واللعب بآلات اللهو ،واطلاق الاصحاب منزل على المباحة ولعل ما حرم بالعارض ، كما اذا انذر المالك ان لايستعمله في حياته مثلا ، أو شرط عليه ذلك كذلك ـ انتهى .

ولايخفى ان المراد بالمحرمة المحرمة فعلا ، مثلا : اذا كان المالك كافراً يجوز الغناء واللعب بآلات اللهو،أو مخالفاً يرى حلالا ما نراه حراماً، فانه يجب القول بالضمان، لاطلاق دليل على اليد ونحوه بضميمة الزموهم بما التزموا به ، ومنه يعلم الحال ، في اختلاف التقليد .

وقد نقل الاجماع على الحكم من السرائر والتذكرة وغيرهما .

قال في الثاني : منافع الاموال من العبيد والثياب والعقار وغيرها مضمونة بالتفويت والفوات تحت اليد العادية ، فلو غصب عبداً أو جارية أو عقاراً أو

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣١٣ الباب ٧ من أبواب الغصب ح ١ .

حيواناً مملوكاً ضمن منافعه ، سواء أتلفها بأن استعملها ، أو فاتت تحت يده بأن بقيت في يده مدة ولايستعملها عند علمائنا أجمع .

ثم انه نسب الخلاف الى أبي حنيفة خاصة ، ثم ان مفتاح الكرامة ،وتبعه الجواهر قال : وقيد المنفعة بكونهـا مما تستأجر ليخرج غصب الغنم والمعز والشجر حيث لامنفعة لها تستأجر، كما نص عليه في المبسوط ،لكن كلام السرائر والتذكرة والكتاب وجامع المقاصد والمسالك في باب الاجارة قد يخالف ذلك فليلحق كلامهم فيما اذا استأجر تفاحة للشم أو الدار هم والدنانير ـ انتهى .

أقول : مقتضى القاعدة ان كل شيء تعد منفعة تكون مضمونة لشمول دليل على اليد وغيره له، فاذا كان الغنم والمعز يستأجر للزينة مثلا، وكذلك الدراهم والدنانير ، أو الشجر يستأجر لمنفعة الظل ، مثلا :كان مقتضى القاعدة الضمان.

أما المنافع المتجددة بعد أعطاء البدل الى حين اعادة المغصوب، فالظاهر عدم ضمانها وهو الذي اختاره المحقق بقوله: وقيل الى حين اعادة المغصوب والاول أشبه ، خلافاً لمحكى المبسوط والتذكرة وغيرهما ممن قال بالضمان، وذلك لاصالة البرائة ، ولان القيمة المأخوذة منزلة منزلة المغصوب، فكأنه عاد اليه وقد دفع القيمة فبرء ، بالاضافة الى ان المالك استحق الانتفاع بالقيمة التي هي عوض وبدل في المعنى فلم يبق على الغاصب حق في ذلك المال ، والا لم تكن فائدة للغاصب في الدفع .

وقد تقدم الكلام حول ذلك، ومقتضى القاعدة عدم الفرق بين ان استوفى منافع المغصوب الغاصب أو غيره ، أو ذهبت هدراً .

وبذلك ظهر وجه النظر فى قول المحقق الرشتي بعد اختياره كلام المحقق: نعم لو استوفى المنافع غير الغاصب أمكن الحاقه بالنماء، لان المنافع المستوفات

مال بمالية مغايرة لمالية العين بخلاف غير المستوفات، فافهم ولعله أشار بذلك الى وجه النظر فى كلامه، اذ قد صدق ان المبدل صار للغاصب فى قبال كون البدل للمغصوب منه، فاذا طلب انسان المنتفع بالمنافع لكان ذلك الغاصب لا المغصوب منه، فانه جمع بين العوض والمعوض .

وبذلك يظهر وجه النظر فى انتصار الجواهر للمبسوط والتذكرة وغيرهما لبقاء العين المغصوبة على ملك المالك ، وعلى وجوب ردها على المغصوب منه مع التمكن ، وعلى ضمانها وضمان نمائها ، وان القيمة للحيلولة غرامة شرعية ثبتت بالادلة، وهي لاتقتضي برائة، ولاتغييرا للحال الاول ـ انتهى .

فان ذلك أشبه بالمصادرة، وأبعد من ذلك قوله أخيراً: فالتحقيق الوجوب خصوصاً اذا كان تعذر الرد ناشئاً عن اختيار الغاصب، بل قد يقال بوجوب الاجرة حتى مع استمرار الاشتباه وعدم معرفة كون المغصوب باقياً، أوتلف على وجه لاتكون له اجرة ان لم يكن اجماع على خلافه للاصل فتأمل .

ولعله أشار بالتأمل الى ضعف ذلك ، فان روايات الضمان التي تقدمت وغيرها في المسروق ظاهرها الضمان بالمثل أو القيمة فحسب ، لاأن يكون شيء آخر عليه .

قال فى الشرائع: ولو غصب شيئين ينقص قيمة كل واحد منهما اذا انفرد عن صاحبه كالخفين، فتلف أحدهما ضمن التالف بقيمته مجتمعاً ورد الباقي ، ومانقص من قيمته بالانفراد .

وفي الجواهر: بلا خلاف أجده فى شيء من ذلك، الا من الشهيد، فانه قال فى اللمعة: فى الفرض يضمن قيمة التالف مجتمعاً وهو يقضي بأنه لايلزمه

الا خمسة، فى مثل ما اذا كان قيمتهما مجتمعين مثلا عشرة، وقيمة كل واحد منفرداً ثلاثـة ، ولعله لانه لم يتلف غيره ، ولان نقص الباقي نقص سوق فلا يضمن .

وفيه: انه تلف مع صفـة الاجتماع المشتركة بينهما، والفرض ضمانها ، ونقص السوق الذي لم يضمن هو الذي لايكون بسبب شيء فى المغصوب ، ولو وصفاً للمفروض الذي هو كفك تركيب باب ـ انتهى ، وذلك لان أدلة الضمان والتي منها العرفية كماسبق شاملة لمثل ذلك، فانه قد أتلف مال الغير بقدر سبعة عرفاً .

نعم اذا غصب اثنان كل واحد فرد حذاء فى حال واحد، كان اللازم على كل منهما خمسة ، لان الهيئة الاجتماعية صارت مغصوبـة لهما لا لاحدهما ، وكذا اذا غصب أحدهما خفاً ثم غصب الاخر خفاً ثانياً ، فان الواجب على الاول سبعة، وعلى الثاني ثلاثة على اشكال، لان الاول صار بالغصب عليه سبعة فالثاني لايمكن ان يكون عليه سبعة ولاخمسة، لانه فى هذا الحال يكون على الغاصب أكثر من القيمة وهو مالايدل عليه الدليل .

كما لاوجه لانعكاس الامر بأن يقال صار على الثاني بسبب غصبه سبعة، وانقلب ماكان على الاول الى ثلاثة مثلا، أوصار عليه خمسة فانقلب على الاول خمسة بنقص اثنين، وان كان من المحتمل الانقلاب من السبعة الى الخمسة ، لان الهيئة الاجتماعية صارت مغصوبة لهما، فلا فرق فى الخمسة بين غصبهما معاً أوغصبهما متعاقباً .

وبذلك ظهر وجـه النظر فى قول المحقق الرشتي فى اشكاله فى الهيئة

الاجتماعية الاعتبارية قال : ان كان الاجتماع بحيث يجري في العرف في معاملاتهم وسائر اغراضهم مجرى الشيء الواحد، فهو محل البحث، وان كان مقدوراً في الواقع، وأما مطلق الاجتماع الموجب لزيادة قيمة الاحاد مجتمعاً فليس بمحل الكلام .

فالدار الواقعة في جوار المسجد أوالحمام، وان كانت قيمتها مع اعتبار المجاورة أكثر من قيمتها حال الانفراد ، الا ان مرجع ذلك الى اختلاف الرغبات غير المضمونة ، لا الى نقص في الدار بسبب زوال وصف الهيئة الاجتماعية .

فلو غصب داراً وحماماً متجاورين ثم خربت الحمام لم يضمن النقص الحاصل في الدار -- انتهى .

اذ فيه: انه لافرق عرفاً بين الامرين، ودليله بقوله : الا ان مرجع ذلك الى اختلاف الرغبات غير المضمونة، لا الى نقص في الدار آت أيضاً في زوجي الحذاء، فان غصب أحد الخفين لايوجب نقصاً في الخف الاخر مع انه مضمون، فالدار حيث كان الى جنبها الحمام كانت تشتري بألف .

أما اذا هدم الحمام صارت قيمةالدار بتسعمائة، فمن ذا الذي سبب ضرر هذه الدار الا الغاصب .

نعم في بعض الامثلة لايكون ضمان، كما اذا كانت الدار مجاورة لدار عالم فقتل هذا الانسان العالم ، فانه لا يضمن نزول قيمة الدار ، كما انه اذا استدعى العالم الى محلةاخرى لايوجب ذلك ضماناً بتنزل قيمة الدار في هذه المحلة التي كانت مجاورة لبيت ذلك العالم، ولوشك في مكان، فالاصل البرائة وعدم ضمان الزائد، أما اذا كان تلف أحد الخفين يسبب سقوط الاخر عن القيمة

فاللازم عليه أن يعطي للمغصوب منه القيمة كاملا .

وقدتقدم انه بذلك يملك مابقى من المغصوب، لان لايجمع بين العوض والمعوض الذي هو خلاف ظاهر الدليل .

ثم قال الشرائع: وكذا لو شق ثوباً نصفين فنقصت قيمة كل واحد منهما بالشق ثم تلف أحدهما أي انه يغرم قيمة النصف الذاهب مجتمعاً، ويرد الباقي مع ارش نقصانه الحاصل بالانفراد ، اذ هو حينئذ كمسألة الخفين كذا في الجواهر، لكن يختلف هنا عن مثل الخفين انه لوحصل النقص بالشق ضمنه أيضاً، حتى لو ردهما لشمول دليل من اتلف وغيره له .

أما لوزادت القيمة بالشق فقدتقدم، وسيأتي أيضاً انالغاصب يصبح شريكاً كما في الخياط يفصل الثوب قباءاً أوقميصاً، حيث تزداد القيمة بذلك .

وربما يؤيد ان الغاصب له سعيه مارواه الوسائل فى باب من أنكر وديعة ثم أقربها عن مسمع قال : قلت لابي عبدالله عليه السلام: اني كنت استودعت رجلا مالا فجحدنيه وحلف لي عليه .

ثم جاء بعد ذلك بسنين بالمال الذي كنت استودعته اياه، فقال: هذامالك فخذه وهذه أربعة آلاف درهم ربحتها فى مالك فهي لك مع مالك واجعلني فى حل، فأخذت المال منه وابيت ان آخذ الربح، وأوقفت المال الذي كنت استودعته وأتيت حتى استطلع رأيك فما ترى ؟ قال : فقال عليه السلام : خذ الربح وأعطه النصف وأحله ان هذا رجل تائب والله يحب التوابين(١)، فان اعطاءالنصف ظاهر انه من باب المضاربة ، فان المال والعمل كلاهما اذا اجتمع على ربح

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ٢٣٥ الباب ١٠ من أبواب كتاب الوديعة ح ١ .

فالربح بينهما كما ذكرنا تفصيله في [كتاب المضاربة] .

ومماتقدم من اقتضاء القاعدة ضمان ما فوته الغاصب على المالك، سواء كان هيئة الاجتماع أو العين يظهر وجه النظر في تردد الشرائع في المسألة حيث قال : أما لوأخذ فرداً من خفين يساوي عشرة، فتلف في يده وبقي الاخر في يد المالك ناقصاً عن قيمته بسبب الانفراد ، رد قيمة التالف لو كان منضماً الى صاحبه، وفي ضمان مانقص من قيمة الاخر تردد .

ولذا كان المحكى عن الايضاح وجامع المقاصد والمسالك انه يضمن قيمة مانقص كصورة غضبهما، لانه سبب ذهاب القيمة، فيشمله دليل الضمان ، ولايقف امام ذلك انه لم يدخل تحت يده كي يكون مضموناً عليه كالاول، وان قال به الجواهر، وأيده بقوله: لم يتضح لنا اندراج مثل ذلك في المستفاد من نصوص الضمان به، والاصل البرائة .

اذ قد عرفت ان السبب أيضاً ضامن، ولاينحصر سبب الضمان في الغصب فقط لشمول مثل قوله عليه السلام: الغصب كله مردود له[1]، فانه بغصبه أحدهما غصب الاجتماع أيضاً، كما انه يشمله دليل لاضرر[2] ولايتوى[3] وفوتها وغيرها مماتقدم سابقاً تفصيل الكلام فيها .

وبذلك يظهر انه لاوجه لضمان ثلاثة أوخمسة، وان احتملهما في القواعد قال: أما لوغصب أحدهما وحده، ثم تلف أوأتلف أحدهما، فانه يضمن قيمة

---

(١) الوسائل : ج ٦ ص ٣٦٥ الباب ١ من الأنفال ح ٤ .
(٢) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٤١ الباب ١٢ من أحياء الموات ح ٣ .
(٣) المستدرك : ج ٣ ص ٢١٥ الباب ٤٦ من نوادر الشهادات ح ٥ .

التالف مجتمعاً خاصة وهي خمسة، ويحتمل ضمان سبعة ، لانــه أتلف أحدهما وأدخل النقص على الباقي بتعديه، ويحتمل ثلاثة لانه قيمة المتلف ـ انتهى .

ولذا علله في مفتاح الكرامة تبعاً لغيره بانه أتلف أحدهما وادخل النقصان على الثاني بتسبيبه وتعديه ، فأشبه مالو حلل أجزاء الباب أو السرير ، فنقصت قيمته فانه يضمن النقصان ، ولم يذهب هنا سوى الجزء الصوري ، فعرفنا ان الجزء الصوري مضمون ، والجزء الصوري في زوجي الخف وشبه قد أتلفه المتلف باتلاف أحدهما ، فيكون ضامناً له كما يضمن الذي أتلفه منهما .

وقد تقدم ان الضمان يحصل بالتسبيب، وان لم يكن هناك غصب ـ انتهى.

ومنه يظهر، انه لاوجه لضمان الخمسة ، وان علل بأنه كما لو اتلف رجل أحدهما وآخر الاخر، فان كل واحد منهما يضمن خمسة، اذ في هذا المقام يحصل المغصوب منه على كل مالــه ، بضميمة انه لاوجـه للزيادة على أحد الغاصبين فقط .

أما فيما اذا غصب انسان أحد الزوجين وأتلفه، ثم ارجع اليه ثلاثة أو خمسة فانه لايحصل المغصوب منه على كل مافقده، ولايخفى انه لو كان الحذاء والباب ونحوهما مثلياً، فاللازم على الغاصب ان يرد مثل الفردة التي أتلفها ، فلا يكون عليه شيء آخر حتى اذا كانت قيمة الفردة التي يشتريها ثلاثة دراهم مثـلا في المثال .

ولايخفى ، انه لاوجه لتشبيه المقام بالسرقة، حيث انه لو سرق الخف الذي يسوي ثلاثة فقط ، فاذا كانت الثلاثة أقل من ربع دينار لم يقطع ، وذلك لان الكلام في الضمان هنا من باب التسبيب لا من باب السرقة .

ولذا قال العلامة في محكي التذكرة : لو أخذ أحدهما على صورة السرقة

وقيمته مع نقصان الثاني نصاب لم يقطع اجماعاً ، لان الزائد انما ضمنه في ذمته بتفريقه بين الخفين، فكان كمالو ذبح شاة تساوي ربع دينار في الحرز ثم اخرجها وقيمتها أقل ، فانه لايقطع ، فكذا هنا ـ انتهى.

قال في الجواهر: لا اشكال في عدم القطع بالنقصان في الثاني المفروض تتمة النصاب به لعدم كونه من السرقة، انما الكلام في نقصان المسروق نفسه والظاهر عدمه أيضاً ، لان نقصانه وان كان مضموناً عليه لكنه غير داخل في المسروق نفسه ـ انتهى .

وعلى ما ذكرناه ، فاذا كان أحد الزوجين يساوي ربع دينار قبل السرقة ، أما بعد السرقة يساوي أقل من ذلك فمقتضى القاعدة انه يقطع ، فهو مثل ماذا سرق الجمد من مكان يسوى ربع دينار ، ثم ذهب به الى مكان يسوي أقل من ذلك ، فانه قد سرق مايسوي ربع دينار فعليه القطع، كماانه في عكسه لاقطع فانه اذا سرقه في مكان لايسوي ربع دينار ، ثم ذهب به الى مكان يسوي ربع دينار ، فانه لم يسرق ربع دينار حتى يقطع .

وعلى أي حال ، فلاوجه للخلط بين المسألتين ، لان احداهما من مسألة التسبيب ، والاخرى من مسألة السرقة ، ولاربط لاحديهما بالاخرى .

ثم قال الشرائع : لايملك العين المغصوبة بتغييرها واخراجها عن الاسم والمنفعة ، سواء كان ذلك بفعل الغاصب أو فعل غيره كالحنطة تطحن والكتان يغزل وينسج ـ انتهى .

وذلك لانه لادليل على الخروج عن الملك بذلك، اذ الملك ليس متعلقاً بالعنوان ونحوه ، وانما هو متعلق بذات الشيء ، وذات الشيء باق وان جعل الحطب رماداً اذا كان للرماد قيمة معتد بها .

وفي الجواهر استدل على ذلك بالاصل والاجماع بقسميه ، كما استدل بذلك غيره كمفتاح الكرامة ونحوه .

نعم قد تقدم انه اذا انتقل الامر الى البدل، كان المبدل منه للغاصب لامتناع الجمع بين العوض والمعوض شرعاً، كما يستفاد من الادلة .

أما قول الجواهر بعد ذلك : ولاشيء للغاصب عن عمله الذي هو غير محترم بسبب عدم الاذن فيه ، وان زادت به القيمة، فقد سبق انه خلاف ظاهر النص الوارد في القرآن الحكيم ، حيث قال سبحانه : ﴿وان ليس للانسان الا ماسعى﴾[1] مما يدل على ان سعي كل انسان له ، وكون عمله حراماً تكليفاً لايوجب سلب ماليته وضعاً ، كما انه تقدمت روايات تدل على ذلك ، وستأتي أيضاً عند تعرض الشرائع له .

ثم قال : بل ان كان ممايمكن رده الى الحالة الاولى، وأراد المالك رده وجب على الغاصب ذلك ، ويضمن ارش النقص ان كان .

نعم ، لو يرضى المالك ببقائه على الحالة لم يكن له رده لحرمة التصرف في مال الغير ، بل هو كذلك مع الجهل بحاله أيضاً ، كما انه للمالك اذا لم يمكن رده كطحن الحنطة ارش نقصه، ان فرض على الغاصب، وذلك كله واضح ـ انتهى .

أقول : أما وجب رده الى ماكان اذا أمكن ، فهو مقتضى دليل اليد على ما يستفيده العرف منه، بالاضافة الى انه عرفي، وقد تقدم ان الشارع امضى العرف حيث لم يغيره ، لكن ذلك اذا لم يستوجب ذهاب ماليته التي أحدثها في

---

(١) سورة النجم : آية / ٣٩ .

المغصوب ، والا فدليل لاضرر محكم على دليل على اليد، كما سبق مثل ذلك في أوائل الكتاب .

نعم ، ماذكره من انه لو رضي المالك ببقائه على الحالة لم يكن لـه رده تام ، للعلة المذكورة من حرمة التصرف في مال الغير بدون اذنه ، كما انــه لايختلف الحال بين العلم والجهل ، لان الضمانات بمنئاً عن الامرين .

(مسألة ـ ٢٣ ـ) قال في الشرائع : ولو غصب مأكولا فأطعمه المالك، أو شاة فاستدعاه وذبحها مع جهل المالك ضمن الغاصب .

وفي الجواهر: بلا خلاف ولا اشكال، وان كان المالك المباشر للاتلاف ولتسلم المال ، الا انه ليس تسليماً تاماً يتصرف به المالك تصرف الملاك في املاكهم على انه مال له ـ انتهى . وقد تقدم فيما سبق وجه ذلك .

وفي القواعد : ولو كان الغرور للمالك ، فالضمان على الغار ، وكذا لو أودعه المالك أو اجره اياه .

وفي مفتاح الكرامة: أي يرجع عليه بعوض العين والمنافع وعوض الاجارة كما في جامع المقاصد ، وفي التذكرة انه لايبرء من الضمان ، وقضيته انه لو تلف في يده رجع اليه بقيمته ، لانه لم يعد اليه سلطانه ، اذ هو على طريق النيابة عن الغاصب في الحفظ، أواستيفاء المنفعة فلم يكن التسليم تاماً، وكذلك الحال فيما اذا رهنه اياه ، أو أعاره له عارية غير مضمونة ـ انتهى .

وقوله : فلم يكن التسليم تاماً ، اشارة الى على اليد ماأخذت حتى تؤديه فانه ليس أداءاً لانصرف الاداء عن مثله ، فيلزم عليه بعد تلف العين أوالمنفعة دفع مثله أو قيمته .

ومنه يعلم، انه لو استأجر المالك الغاصب لبناء دار المالك، أوغير داره كحمامه ونحوه، وجهل المالك انه ماله، فان عليه اعطاء الأجرة له، وفي كونها اجرة المثل أو أقل الامرين ماذكرناه في [كتاب الاجارة] .

وكذا لو أعطى لباسه له مشعراً اياه بأنه لباس الغاصب، أو أعطاء مسكنه ليسكنه فسكنه ، من غير فرق في ذلك كله بين جهل الغاصب وعلمه ، لوحدة الدليل في الجميع .

وكذا اذا أعطاه متاعه في السفينة، حيث كانت مثقلة فقال: ألقه في البحر، فألقاه المالك ، زاعماً انه مال الغاصب ، بينما كان المال مال نفسه .

نعم ، اذا كانت السفينة مشرفة على الغرق بحيث انه لو لم يلق في البحر لغرقت وهلكوا ، فالظاهر انه لا يضمن المعطي ، لان مثل هذا المال لااحترام له حينئذ ، لقاعدة الاهم والمهم ، ولا يبعد ان يكون الحال كذلك في عدم ضمان الغاصب اذاكان المالك مشرفاً على الموت من جهة عدم الاكل ، فأعطاه ماله مشعراً اياه بانه مال المعطي .

وكذا اذا أعطاه لباسه فيما كان المالك مشرفاً على الموت من جهة البرد أو نحو ذلك فانه في كل ذلك ، حيث كان محسناً ﴿وماعلى المحسنين من سبيل﴾(١) ، ومأموراً من الشارع بذلك كان دليل الضمان منصرفاً عنه .

ومما تقدم يعلم، وجه النظر في قول مفتاح الكرامة: وأما اذا وهبه للمالك أو أهداه اليه ، أو باعه منه وسلمه اليه ، أو أقرضه له ، فانه فيها كلها لايرجع عليه لانه قد تسلمه تسلماً تاماً فسقط حقه، وزالت يد الغاصب عنه بالكلية، وان تبعه الجواهر في ذلك لماعرفت من انصراف دليل الاداء عن مثل ذلك ، والناس يتصرفون في الهبة والقرض تصرفاً لايتصرفون مثله في أموالهم .

ومنه يعلم ، عدم وجه للترديد في القواعد فيما لو وهبه الغاصب من آخر فرجع المالك عليه قال : احتمل رجوعه على الغاصب لغروره وعدمه ، لان الهبة لاتستعقب الضمان ـ انتهى .

فان مقتضى القاعدة هو الرجوع، لماذكره من الغرور، فانه قد غره بكون

---

(١) سورة التوبة : آية / ٩١ .

ذلك ملكه ، وانه قد وهبه اياه بغير عوض ، ومقتضى الهبة انه اذ أتلف في يده لايلزم عوضه اذا كان للواهب ، وقد تبين كونه مغصوباً ، والمغرور يرجع على من غره وهو خيرة جامع المقاصد كما في مفتاح الكرامة .

ولذا رد القواعد مفتاح الكرامة بعد ذلك بأنه وان كان أخذها على ان تلفها منه ، لكنه لم يأخذها على انه عليه ، فكان الغرور باقياً ، فيعمل بمقتضاه قال : ولاترجيح في التذكرة ولم يذكره في الايضاح .

ومنهما يظهر وجه النظر في كلام الجواهر قال: وَمن هنا لودفع اليه عوض حقه الثابت عليه على سبيل الهبة اللازمة، فأخذه المالك على هذا الوجه ونوى الدافع عن حقه كان وفاءاً على الاقوى كما عن التذكرة ، بل صرح غير واحد بالاكتفاء في ذلك للاداء، الى ان قال: ولذا اكتفى الاصحاب بالدس في المال على وجه يكون في يده على انه من أمواله، وبالجملة فالمدار على صدق الاداء في المقام ـ انتهى .

اذ فيه ما عرفت وتمثيله بالدس غير ظاهر ، اذ الدس في المال أداء، فان المدسوس اليه يعامل معه معاملة ماله، بخلاف الهدية والهبة، فانه يتعامل معهما معاملة مال جديد وصل اليه بدون عوض .

لايقال : فكيف أمر الامام زين العابدين عليه السلام الزهري بالقاء الدية في بيت ولي الدم صرراً في أوقات الصلوات ، وجعل ذلك مبرءاً لذمته [(١)] ؟

فانه يقال : بالاضافة الى احتمال ان الولي كان يعلم انه من الزهري ديةان تصرف الانسان فيما وجده في داره ، وزعم انه ليس ملكه تصرف بضمان ،

---

(١) الوسائل : ج ٦ ص ٢٨٠ الباب ١٤ من أبواب الصدقة ح ٧ .

فليس مثل تصرف الموهوب له في الهبة والمهدى اليه في الهدية، أوكان ذلك لولاية الامام عليه السلام ، أو كان لامتناع المالك أوغير ذلك.

قال في القواعد: ولو أمره بالاكل فباع أو بالعكس ، أو عمم الانتفاع، فالاقرب زوال الضمان الا في الاخير على اشكال، وقد قال مفتاح الكرامة وجه زوال الضمان في الاولين بأنه لو كان مملوكاً للغاصب لضمنه لـه لمخالفته ، وكلما يضمنه لغيره على تقدير ملكه له يزول ضمان الغير له بفعله اذا كان لـه أي للفاعل، لانه لايتصور فيه الغرور، اذ تغريره انما هو بكونه ملكه أي الغاصب، وعلى تقدير الملك فالضمان ثابت ، قال : وهو خيرة جامع المقاصد .

وربمااحتمل الضمان أيضاً، لان الاخذ مغرور، ولم يتحقق تسليم الغاصب ملكه له تسليماً تاماً ، فلايشمله قوله : على اليد ماأخذت حتى تؤديه.(١)

لكن الاقرب هو الوجه الاول لما ذكره الجواهر بأنه وان كان لايصدق على تسليمه انه أداء ، الا انه صار في عهدة المالك لو كان مملوكاً لغيره ، ومثله يسقط الضمان على من عليه الضمان ، ولو لظهور أدلة الضمان في غير الفرض أو غير ذلك ـ انتهى .

ومثله في ارتفاع الضمان ما لو أخذ المالك ماله من يد الغاصب زاعماً انه مال الغاصب ، فانه باستيلائه على ماله يرتفع ضمان الغاصب ، وان كان زاعماً ان الاستيلاء غصب .

ومما تقدم علم ان مقتضى القاعدة الضمان في المثال الثالث للقواعد، وهو تعميمه الانتفاع لانه مغرور بكون الملك للغاصب، وان أنواع التصرفات مجوزة

---

(١) المستدرك : ج ٢ ص ٥٠٤ الباب ١ من كتاب العارية ح ١٢ .

له من قبله ، وان يده متفرعة عن يده ، وان تصرفه مقصور على اذنه ، وانه مجرد اباحة، فله أن يرجع الى العين فيأخذها، وانه يجب عليه بالطلب تسليمها اليه ، فكان سلطان الغاصب غير مرتفع عنها بحيث يصير المالك آمناً من رجوعه عليه كما في مفتاح الكرامة .

وحاصله : يرجع الى ان قوله عليه السلام : حتى تؤديه منصرف عن مثل ذلك ، فعلى اليد شامل له ، فاحتمال زوال الضمان بأنه سلمه له تسليماً تاماً ، فبرء منه فاتلافه عليه لو أتلفه، فلايكون مضموناً على الغاصب، عير تام، وان كان وجهاً لاحتمال القواعد في اشكاله .

ثم انه اذا كان التسليم تاماً جرى في حول الزكاة، أما اذا لم يكن التسليم تاماً لم يجر على ماذكر من التفصيل لذلك في [كتاب الزكاة] .

ولذا قال في مفتاح الكرامة : لو لم يكن التسليم فيها تاماً لم تجر في حول الزكاة من حين القبض ، مع انها تجري فيه من حينه اجماعاً .

ومما تقدم يعلم، حال ماذا أعطاه ماله بعنوان ربحه في المقامرة، أو ربحه في الربا ، أو بعنوان انه بدل خمر أو خنزير أو ماأشبه، فانه لايرفع الضمان، لانصراف دليل حتى تؤديه عن مثله .

ومما تقدم ظهر حال ماذا أعطاه بعنوان الخمس أو الزكاة أو المظالم ، حيث ان ذلك لايكفي في براءة ذمته .

قال في الشرائع : وان أطعمه غير المالك قيل يغرم أيهما شاء ، لكن ان أغرم الغاصب لم يرجع على الاكل، وان أغرم الاكل رجع الاكل على الغاصب لغروره ، وقيل : بل يضمن الغاصب من رأس ، ولاضمان على الاكل ، لان

فعل المباشر ضعيف عن التضمين بمظانة الاغترار، فكان السبب أقوى ـ انتهى.

لكن مقتضى القاعدة هو القول الاول الذي نسب الى المشهور .

بل في الجواهر: انا لم نتحقق قائل القول الثاني منا، نعم هو قول الشافعي في القديم وبعض كتبه الجديد ـ انتهى .

وانما نقول: بتغريم أيهما شاء، لقاعدة من أتلف مال غيره فهو له ضامن، وانما يرجع الآكل الى الغار ، لقاعدة الغرور التي تقدمت .

قال في الجواهر: لقوله عليه السلام: المغرور يرجع على من غره[1] وفي هامش الجواهر: لم نعثر على هذا النص من أحد المعصومين عليهم السلام ، وان حكى عن المحقق الثاني (قدس سره) في حاشية الارشاد انه نسب ذلك الى النبي الاكرم صلى الله عليه وآله .

وكيف كان ، فمثل الاطعام سائر انحاء الاستفادة ، سواء كانت استفادة اتلافية، أو استفادة منفعية، كما اذا ألبسه غير المالك ، أو أسكنها غير المالك، أو أعطاه لغير المالك فبخّره أو ما أشبه ذلك، لان الدليل في الكل واحد ، لكن من الواضح ان رجوع المتلف انما هو اذا كان مغروراً، أما اذا لم يكن مغروراً بأن علم انه مال غيره واعطاه غصباً، فانه لا يحق له الرجوع الى المعطي .

---

(١) المستدرك : ج ٢ ص ٦٠٣ الباب ١ من أبواب العيوب في النكاح ح ٦ .

(مسألة ـ ٢٤ ـ) قال في الشرائع : ولوغصب فحلا فانزاه على الانثى كان الولد لصاحب الانثى، وان كانت للغاصب .

وفي مفتاح الكرامة عند قول العلامة مثل عبارة الشرائع : صرح في المبسوط والسرائر والتذكرة والتحرير والارشاد والدروس بالحكم المذكور واجماعاً على الظاهر كمافي جامع المقاصد وفي المسالك ، وكذا الكفاية انه لا خلاف في كون الولد في الحيوان غيرالانسان تابعاً للانثى، سواءكانت للغاصب أولغيره .

ثم نقل عن جامع المقاصد ومجمع البرهان التأمل في هذا الحكم حيث قال أولهما: انه يرد عليه ان الولد منى الفحل ، فلايكاد يوجد الفرق بينه وبين الحب اذا نبت في أرض الغير، ورده بأن الفرق واضح، فان النطفة لاقيمة لها وليست مملوكة بعد انفصالها، ولاواجبة الرد الى مالك الفحل والنشووالنماء من الانثى، ولاكذلك الحب، فانه مملوك له قيمة ويجب رده ـ انتهى .

وتبعه الجواهر في كل ذلك، وأضاف قوله : بل يمكن تحصيل القطع به من السيرة المستمرة في سائر الاعصار والامصار على تبعية الولد في غير الانسان للانثى ، من غيرفرق بين الغاصب وغيره ـ انتهى .

وفيه مالايخفى، فان الاجماع غيرمحقق بالاضافة الى انه محتمل الاستناد، بل ظاهره فلاحجية فيه، والقول بأن النطفة لاقيمة لها خلاف الوجدان والسيرة غيرظاهرة، فاللازم ان يعمل حسب القواعد الاولية، وهو ان الولد بينهما كما ذكرنا مثل ذلك في الحب أيضاً، لان كلا من الام والاب دخيل في هذا الولد كما ان كل واحد من مالك الحب ومالك الارض دخيل في الزرع .

ولذا ذكرنا في [كتاب احياء الموات] ان قاعدة الزرع للزارع، ولوكان

غاصباً غيرظاهرة الوجه ، فاللازم الرجوع الى العرف في ان هذا النتاج أي قدر منه لهذا، وأي قدر منه لذاك .

ومنه يعلم ، ماإذا ربى الغاصب مني حيوان غيره في ظرف فانتج، وكذا الحال في غصب البيضة واستفراخها، فان الملاك في الكل واحد .

قال في الشرائع: ولونقص الفحل بالضراب ضمن الغاصب نقصه وعليه اجرة الضراب .

وقال الشيخ في المبسوط : لايضمن الاجرة، والاول أشبه لانها عندنا ليست محرمة .

وفي القواعد، وعليه الاجرة على رأي ، والارش لونقص بالضراب، ولا تتداخل الاجرة والارش .

وفي مفتاح الكرامة انه خيرة الشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والمختلف والايضاح والدروس وجامع المقاصد ومجمع البرهان والمسالك والكفاية، وفي الاخيرين نسبته الى الاكثر، وليست في محلها لانحصار الخلاف ان كان في الشيخ في المبسوط وهو نادر .

وفي التذكرة ونهاية الاحكام: ان استيجار الفحل للضراب ليس محرماً عند علمائنا .

وفي السرائر: انه مذهب أهل البيت عليهم السلام قال: وعليه اجرة الفحل عندنا وماذكره شيخنا في مبسوطه من ان اجرة الفحل لاتجب على الغاصب لان النبي صلى الله عليه وآله وسلم نهى عن كسب الفحل[1]، فهو حكاية مذهب المخالفين

---

(١) الوسائل : ج ١٢ ص ٦٥ الباب ٥ من أبواب ما يكتسب به ح ١٤ .

فلايتوهم متوهم انه اعتقاده - انتهى .

أقول: ان كان ذلك مذهب الشيخ فهو ناظر الى هذه الرواية، وحيث ان الرواية موجودة في كتب فقهائنا، فلاداعي الى ماعمله معلقالجواهر من طرحه لها، فان كتب قدماء الفقهاء مستند في الروايات كالاستناد الى كتب الحديث .

فقد روي الصدوق كمافي الوسائل قال: نهى رسول الله ﷺ عن عسيب الفحل، وهو أجر الضراب.[1]

ومثله ماروه مستدرك الوسائل، عن دعائم الاسلام ، عن أبي عبدالله، عن أبيه، عن آبائه عليهم السلام: ان رسول الله ﷺ نهى عن بيع الاحرار، الى ان قال : وعن عسب الفحل.[2]

وعن الجعفريات، عن علي عليه السلام، انه قال: من السحت عسب الفحل، ولا بأس ان يهدى له العلف،[3] ولعل الحكم تقيـة لماروه ابن أثير في نهايته على ما حكى انه ﷺ نهى عن عسب الفحل، ثم قال: عسبه مائه وضرابه .

وكذلك روى عن سنن البيهقي،[4] أو انه محمول على الكراهة ، كما عن المسالك والكفايـة وغيرهما انهم حملوا النهي في الخبر على الكراهيـة، أو على بيع مائـه باعتبار انـه نجس في بعض الحيوانـات ، و محرم في بعض الحيوانات المحللة ، فبيعه حرام، وان كانت اجرة الضراب حلال ، لكن في كونه أيضاً محرم البيع نظر، كماذكرناه في المكاسب .

---

(١) الوسائل : ج ١٢ ص ٧٧ الباب ١٢ من أبواب ما يكتسب به ح ٣ .
(٢) المستدرك : ج ٢ ص ٤٢٨ الباب ١٠ من أبواب ما يكتسب به ح ٢ .
(٣) المستدرك : ج ٢ ص ٤٢٨ الباب ١٠ من أبواب ما يكتسب به ح ١ .
(٤) أنظر : سنن البيهقي : ج ٥ ص ٣٣٩ .

وكيف كان، فقد روي حنان بن سدير كمافي الكافي قال: دخلنا على أبي عبدالله عليه السلام ومعنا فرقد الحجام، الى ان قال: فقال له: جعلني الله فداك، ان لي تيساً أكريه، فمانقول في كسبه؟ قال: كل كسبه، فانه لك حلال، والناس يكرهونه قال حنان: قلت. لاي شيء يكرهونه وهو حلال ؟ قال : لتعيير الناس بعضهم بعضاً[(١)].

وفي رواية اخرى، عن معاوية بن عمار، عن أبي عبدالله عليه السلام، في حديث قال: قلت له: اجر التيوس؟ قال: ان كانت العرب لتعاير به ولابأس[(٢)].

وعن الشيخ روايته باسناده، عن الفضل بن شاذان[(٣)].

ثم انه علم مماذكرناه في بعض المسائل السابقة، ان اللازم القول بضمان الاجرة اذا فاتت تحت يد الغاصب ونحوه، وان لم يستوفها، فحال ذلك حال منفعة الدار ونحوها .

ولذا قال في الجواهر : بل قد يقال بضمانها بفواتها تحت يده ، وان لم يستوفها، بل ينبغي الجزم به اذا كان ممايعتاد استيجاره لذلك، أما مع عدمه فلا يخلو من اشكال ، اذ صحة الاجارة أعم من الضمان بالغصب ، والا لوجب على من غصب تفاحة اجرتها للشم ، أو دراهم أو دنانير اجرتها للزينة ، بناءاً على صحة الاستيجار لذلك والتزامه في غاية البعد لعدم صدق فوات المال ـ انتهى .

وحيث ان النقص شيء، والاجرة شيء آخر :

---

(١) الوسائل : ج ١٢ ص ٧٧ الباب ١٢ من أبواب ما يكتسب به ح ١ .
(٢) الوسائل : ج ١٢ ص ٧٧ الباب ١٢ من أبواب ما يكتسب به ح ٢ .
(٣) الوسائل : ج ١٢ ص ٧٧ الباب ١٢ من أبواب ما يكتسب به ح ٢ .

قال العلامة: فيماتقدم من القواعد لم‌يتداخلا، وهو مقتضى القاعدة كما لايخفى ، بل مقتضى القاعدة انه اذا لم‌يكن للضراب اجرة ، وانما يهدى الى صاحب الفحل شيء كان مقتضى القاعدة ان الهدية مضمونة، لانها منفعة استوفاها الغاصب أو فوتها، ولافرق في ذلك كله بين علم الغاصب بأنه غصب ، وعدم علمه، لان الضمان لايتقيد بالعلم .

ثم ان مقتضى القاعدة التي ذكرناها في المسألة السابقة ، انه اذا كان للضراب اجرة ، فالاجرة على الغاصب ، واذا كانت القاعدة العرفية على ان يكون الولد مشتركاً فالولد مشترك، واذا كان التخيير للمالك فالمالك مخير في تقاضي أيهما، كما انه ان تعارف البيع وقلنا بصحته شرعاً ، كان اللازم القول بالثمن .

(مسألة ـ ٢٥ ـ) قال في الشرائع : ولوغصب ماله اجرة وبقى في يده حتى نقص، كالثوب يخلق والدابة تهزل لزمه الاجرة والارش، ولم يتداخلا، سواء كان النقصان بسبب الاستعمال، أولم يكن .

وقال في القواعد: ولاتتداخل الاجرة والارش ، فلو هزلت الدابة لزمه الامران، وان كان النقص بغير الاستعمال .

وذكر في مفتاح الكرامة عدم التداخل فيما اذاكان النقص بالاستعمال عن الشيخ والمحقق والمصنف في جملة من كتبه ، وولده والشهيدين والمحقق الثاني والمقدس الاردبيلي .

وقال في الجواهر : بلا خلاف ولااشكال في الاخير ، أي اذا لم يكن استعمل، وقال: فيما اذا استعمل لاأجد فيه خلافاً لاصالة عدم تداخل الاسباب اذ فوات الاجزاء في يد الغاصب سبب لضمانها، والانتفاع سبب آخر لضمان الاجرة، فلايتداخلان كالاول .

أقول: مقتضى القاعدة ماذكروه من الاجرة، سواء استعمل أولم يستعمل ، لانه فاتت المنفعة تحت يده في صورة عدم الاستعمال، والارش لمكان النقص والظاهر لزوم الاجرة الكاملة، وان صارت بسبب النقص أقل، مثلا : غصب داراً اجرتها في السنة مائة دينار، لكنه هدم أو انهدمت غرفة في الدار بما صارت الأجرة خمسين، فان اللازم عليه اعطاء مائة دينار اجرة، أما قيمة الغرفة فهي على حالها، فاذا كانت قيمة الغرفة خمسين، فاللازم عليه اعطاء مائة وخمسين مائة اجرة للدار وخمسين ارشاً للغرفة ، وكذلك الحال في الدابة والثوب وغيرهما .

والظاهر انه لوصنع غرفة مثل الغرفة التي هدمها ، أو انهدمت تحت

استيلائه ارتفع الارش لصدق حتى تؤديه، فلاحق للمالك في عدم قبول تلك الغرفة وأمره بهدمها مثلا وأخذ البدل منه، وكذلك اذا فتق الثوب ثم خاطه، أو هزلت الدابة عنده ثم ردّها الى حالتها الاولية من السمن، الى غير ذلك من الامثلة .

أما لو ارتفعت اجرة الدار من المائة الى المائة وخمسين بسبب هدمه هذه الغرفة، فالظاهر ان الزيادة للغاصب، لانه سعيه، كما سيأتي الكلام في ذلك في المسألة اللاحقة، وان كان الفقهاء لايقولون به .

قال في الشرائع :ولو أغلى الزيت فنقص ضمن النقصان.

وقال في الجواهر: وان لم تنقص القيمة بلاخلاف أجده بين الخاصة و العامة ،بل وان زادت قيمته على ماقبل الغليان ،لانه مثلي يضمن بمثله ، وعمله الذي قد زاد به الواقع تبرعاً لايقوم مقام ذلك ، فما في المسالك من احتمال الرد ولاغرامة ، لان ما فيه من الزيادة والنقصان يستندان الى سبب واحد ، فينجبر النقصان بالزيادة واضح الضعف لما عرفت ـ انتهى .

أقول :صور المسألة أربع :

الاولى : أن ينقص الوزن والقيمة بنسبة واحدة ، واللازم على الغاصب اعطاء نقصان القيمة ،الاّ اذا أمكن اعطاء المثل، فهو واجب عليه قبل القيمة.

الثانية : بقائهما ولا شيء عليه .

الثالثة : نقصان القيمة لا الوزن ،و الظاهر لزوم اعطاء القيمة الناقصة ، لانه بدون اعطائها لايصدق حتى تؤديه، ولاحق للغاصب باعطاء مقدار من الزيت يسوي تلك القيمة الناقصة لماتقدم من ان الحجم لايقوم مقام الروح السائد ،

فهو مثل أن يعطيه فحماً بدل سكره المغصوب ، لوحدة الملاك في المسألتين .

الرابعة: نقص الوزن دون القيمة ، والظاهر انه لاشيء عليه لصدق تؤديه بعد تساوى القيمة .

نعم لايبعد أن يكون للمالك طلب بدله بما يكون بذلك الوزن وتلك القيمة، فاحتمال المسالك هو مقتضى القاعدة ، اذ لو طلب منه قدر النقص عيناً كان ضرراً على الغاصب ولاضرر يشمله كما ذكرنا ذلك في أوائل الكتاب، وهو خلاف ﴿ لاتظلمون ولاتظلمون ﴾[1] وقد عرفت في الفرع السابق مسألة ما لو زادت القيمة بسبب عمل الغاصب .

ومنه يعلم ، وجه النظر في كلام الجواهر ، حيث علل وجوب الرد وان زادت القيمة بأنه مثلي يضمن بمثله ، وعمله الذي قد زاد به الواقع تبرّعاً لايقوم مقام ذلك ، اذ الزيادة من سعى الغاصب ولكل انسان سعيه ، كما يأتي تفصيل الكلام فيه في المسألة اللاحقة .

ومنه يعلم وجه النظر في كلام القواعد حيث قال: ولو ذهب نصف الزيت بالاغلاء ضمن مثل الذاهب، وان لم تنقص القيمة، وان قال في مفتاح الكرامة: انه بلاخلاف فيه من أحد ، وبه صرح في المبسوط وغيره ، ثم قال : ومثاله أن يغصب رطلين قيمتهما درهم، فيغليهما حتى يصير رطلا واحداً قيمته درهم أو درهمان ، فانه يرده ويغرم مثل الرطل الذاهب .

وممّا تقدم يعلم حكم ماذا غسل الثوب فقصر ، أو طبخ اللحم فقلّ أو ماأشبه ذلك، فان في هذه الموارد أيضاً تأتي الصور المتقدمة بأحكامها المذكورة

---

(١) سورة البقرة : آية / ٢٧٩ .

لوحدة الدليل في الجميع .

قال في الشرائع : ولو أغلى عصيراً فنقص وزنه ، قال الشيخ : لايلزمه ضمان النقيصة لانها نقيصة الرطوبةالتي لاقيمة لها بخلاف الاولى ، وفي الفرق تردد ـ انتهى .

وفي مفتاح الكرامة عند قول العلامة (وكذا في اغلاء العصير على رأي): موافقاً لاكثر المتأخرين ، بل كلهم لحصول النقص في العين ، والمخالف الشيخ في المبسوط قال : لايضمن ، وكذا الخلاف فيما حكى عنه ولم أجد له مستنداً، الا ان الذاهب أجزاء مائية لاقيمة لها، لان النار تعقدأجزاء العصير، ولهذا تزيد حلاوته بخلاف الزيت ـ انتهى .

وفيه ماذكره هو وتبعه الجواهر وغيره من ان الواقع نقص مخصوص في العين، فيجب بدله مع منع معلومية كون الذاهب أجزاء مائية خاصة بخلاف الزيت ، وان تفاوت بالقلة والكثرة ، بالاضافة الى أن نقص الاجزاء المائيّة أيضاً لها قيمتها ، فلاوجه للقول بعدم ضمان النقيصة مطلقاً .

ومما تقدم يعلم، الحال فيما اذا صار الرطب تمراً، والعنب زبيباً، واللبن جبناً أو سمناً أو زبداً ، وغير ذلك، فان المعيار في جميع هذه الامور ماتقدم من أحكام الصور المتقدمة .

(مسألة ـ ٢٦ ـ) قال في الشرائع ممزوجاً مع الجواهر : اذا زادت قيمة المغصوب بفعل الغاصب أو غيره في صنعة اقتضت تلك الزيادة ، فان كانت تلك الصنعة أثراً محضاً لاعيناً ، كتعليم الصنعة وخياطة الثوب بخيوط المالك ونسج الغزل وطحن الطعام وصياغة النقرة رده ، ولاشيء له ، بلاخلاف ولا اشكال ، لعدم احترام العمل بغير اذن من المالك ، بل كانت تلك الصفات من توابع مال المالك ـ انتهى .

واستدل له المسالك بالتعدى قال: الزيادة في المغصوب تنقسم الى آثار محضة والى أعيان، وجملة القول في القسم الاول ان الغاصب لايستحق بتلك الزيادة شيئاً لتعديه، ثم مثل له بتعليم الصنعة وخياطة الثوب وقصارته وطحن الحنطة ونحو ذلك قائلا: وانما يكون الخياطةمن هذا القسم اذا خاطهبخيوط المالك ـ انتهى .

واستدل لهآخرون بسلب احترام عمله الذي صدر من غير اذن المغصوب منه، وحيث لااحترام فلا شيء له .

و استدل له ثالث بقوله : لاحق لعرق ظالم بتقريب انه يدل على عدم ملكيةالظالم حاصل عمله الصادر على وجه العدوان ، كما انه ربما يستدل له بالاجماع .

وفي الكل مالايخفى، اذ يرد على الاول : ان نهى الشارع عن العمل في ملك الغيرلايقتضي سلب ماليته، وما يترتب عليه من الحاصل، لانالنهي تكليفي والاثر وضعي .

نعم، لايمكن أن يقال : ان له الاجرة على المالك ، لان المالك لم يأمر

بالعمل، كما ان الشارع لم يأمر بذلك، فالعمل لايستحق أجرة شرعية ولامالكية، أما ان الزيادة الحاصلةلاتكون للمالك، فلاوجه له .

واذشئت قلت: ان العمل اذاكان بأذنمالكي أوشرعيله الاحترام بالاجرة، أما اذالم يكنباذن مالكيولاشرعي، وقدأثرأثراً موجباً لارتفاعالقيمة، فاللازم أن تكون زيادة القيمة للعامل، ولاتلازم بين النهي وبين عدم الملك .

و بذلك ظهر وجه النظر في اشكال المحقق الرشتي على ماذكرناه، بأن احترام العمل انما هولاجل مايترتب عليه من الاثر المقصود ، و الافالعمل من حيث كونه حركة مع قطع النظر عن مقابلته بالمال ، لا يتصور له احترام ، فاحترام العملعبارة عن جعلالشيء من المال مكانه لئلايقع هدراً ، فاذا فرض سلبالاحترامكان وجوده كعدمه ، فلايكون بازاء مايترتب عليه من الاثرالمالي شيء ـ انتهى .

اذ يرد عليه أولا: ان نفس الحركة محترمة، لانها للانسان فبذلها اذا كان بأذن شرعى، أو مالكي تكون الاجرة في قبال نفس الحركة.

وثانياً : انالاثر المترتب على الحركة هو سعي الانسان، وسعي الانسان لنفسه ، كما هو مقتضى العقل والشرع ، ومن الجواب عن الدليل الاول ظهر الجـواب عن دليل المسالك الذي استدل لعدم الاستحقاق بالتعدي، حيث قد عرفت ان الحرمة التكليفية لاتنافي الملكية وضعاً .

وأما الحديث ، فهو غير مرتبط بما نحن فيه ، فقد روي الوسائل ، عن الشيخ، عن عبدالعزيز بن محمد قال : سألت أباعبدالله عليه السلام ، عمن أخذ أرضاً بغير حقها ، وبنى فيها ؟ قال: يرفع بنائه وتسلم التربة الى صاحبها ليسلعرق ظالم حق ، ثم قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله : من أخذ أرضاً بغيـر حق كلف أن

يحمل ترابها الى المحشر[١]. فان هذا الحديث لايرتبط بما نحن فيه ، حيث الكلام في زيادة قيمة المغصوب بسبب عمل الغاصب .

وبذلك يظهر وجه النظر في قول المحقق الرشتي، حيث استدل بقوله عليه السلام: لاحقّ لعرق ظالم. قال: فانه يدل على عدم ملكية الظالم لحاصل عمله الصادر على وجه العدوان : وجه الدلالة ، ان المراد بعرق ، خصوصاً بملاحظة مورد الحديث الذي هو السئوال عن الشجر المغروس في أرض مغصوبة كناية عن كل شيء موضوع عدواناً في ملك الغير، اذ لاخصوصية للعرق جداً، لعمومية الحكم بمثل البناء ونحوه قطعاً .

ومن الواضح ، ان سلب الحقيقة عن العمل العدواني معناه عدم العلاقة بين ذلك العمل، وبين أثره الواقع في ملك الغير، والا لكان له في ذلك العمل حق ، وأظهر أفراد العلاقة أن يشارك العامل صاحب العين في رقبتها أو في قيمتها بحساب قيمة الحاصل ، كما هو لازم كونه مالكاً للاثر الواقع في تلك العين، فقضية قوله عليه السلام: لاحقّ لعرق ظالم.[٢] جعل عرقه من حيث تعلقه بمحل المظلوم كالعدم ، وتنزيل الظالم بمنزلة الاجنبي ، وفرض حدوث ذلك الاثر لعين المالك من جانب الله بدون مدخلية عمل العامل ـ انتهى .

فانه بالاضافة الى عدم كون لفظ الحديث ماذكره، ولاكون مورد الحديث الشجر المغروس في أرض مغصوبة ، ان الحديث يدل على ان العرق لاحق

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣١١ الباب ٣ من كتاب الغصب ح ٢ .
(٢) الوسائل : ج ١٣ ص ٢٨٣ الباب ١٣ من كتاب الأجارة ح ٢ .

لبقائه، لأن الاثر الذي زاد بسببه ملك المغصوب منه ليس للمالك، فلاربط بين المقامين .

وحيث قد عرفت ضعف الادلة الثلاثة ، وان المشهور استندوا اليها ، فلا مجال لحجية الاجماع ، الظاهر الاستناد ، بالاضافة الى انه يظهر من كلماتهم في غير المقام انه لااجماع في مثل المسألة لوحدة الملاك .

فقد قال في مفتاح الكرامة ، بعد نقله قول العلامة : والبذر والبيض اذا زرع أو فرخ فهو للمالك ، وانه هو المشهور ، قال : ولاترجيح في الكفاية، وفي الخلاف والمبسوط والوسيلة انهما للغاصب، وعليه قيمة الحب والبيض، فانه بعد عدم الفرق بين المقامين يعطي ضعف الاجماع المذكور صغرى كضعفه كبرى فتأمل .

وكيف كان ، فمقتضى ظاهر الكتاب والسنّة والعقل ان للغاصب بمقدار مارفع من قيمة الشيء المغصوب ، وان كان عمله حراماً تكليفاً .

قال سبحانه : ﴿ وأن ليس للانسان الا ّ ماسعى ﴾[1] واطلاقه يقتضي عدم تأثير حرمة فعله في عدم كون نتيجة عمله له ، كما ان الصياد اذا صاد بآلة غصبية، أو البناء والنجار ونحوهما بنى ونجر بآلة غصبية، لم يسبب ذلك عدم كون ثمر عمله له .

وفي الوسائل في باب جواز بيع الاصول : وحكم من اشترى نخلا ليقطعه للجذوع فتركه حتى حمل ، عن هارون بن حمزة قال : سألت أباعبدالله عليه السلام،

---

(١) سورة النجم : آية / ٣٩ .

عن الرجل يشتري النخلة يقطعه للجذوع، فيغيب الرجل فيدع النخل كهيئته لم يقطع ، فيقدم الرجل ، وقد حمل النخل ؟ فقال عليه السلام : له الحمل يصنع به ماشاء ، الا أن يكون صاحب النخل كان يسقيه ويقوم عليه.(١)

وفي رواية اخرى قال : قلت لابي عبدالله عليه السلام : الرجل يشتري النخل ليقطعه للجذوع، فيدعه فيحمل النخل ؟ قال عليه السلام : هو له الا أن يكون صاحب الارض ساقاه وقام عليه.(٢)

وعن المقنع الذي هو متون الروايات قال : وان اشتريت نخلا لتقطعه للجذوع ، فغبت وتركت النخل كهيئته لم تقطعه ، ثم قدمت وقد حمل النخل فالحمل لك الا أن يكون صاحب النخل يسقيه ويقوم عليه.(٣)

وفي الوسائل في [كتاب التجارة] باب ان الرجل اذا صادقته امرأة، روى عن أبي الصباح مولى بسام قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام ، عن رجل صادقته أمرأة فاعطته مالا ، فمكث في يده ماشاء الله ، ثم انه بعد خرج منه ؟ قال : يرد عليها ماأخذ منها ، وان كان له فضل فله.(٤)

وفي الوسائل في [كتاب الوديعة] عن مسمع قال: قلت لابي عبدالله عليه السلام اني كنت استودعت رجلا مالا فجحدنيه وحلف لي عليه ، ثم جاء بعد ذلك بسنين بالمال الذي كنت استودعته اياه، فقال : هذا مالك فخذه، وهذه أربعة

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ١٧ الباب ٩ من أبواب بيع الثمار ح ١ .
(٢) الوسائل : ج ١٣ ص ١٨ الباب ٩ من أبواب بيع الثمار ح ٢ .
(٣) المستدرك : ج ٢ ص ٤٨٣ الباب ٦ من أبواب بيع الثمار ح ١ .
(٤) الوسائل : ج ١٢ ص ١٧٥ الباب ٦٥ من أبواب ما يكتسب به ح ١ .

الاف درهم ربحتها في مالك فهي لك مع مالك، واجعلني في حل ، فأخذت المال منه وابيت ان آخذ الربح، وأوقفت المال الذي كنت استودعته ، وأتيت حتى استطلع رأيك فما ترى ؟ قال : فقال : خذ الربح وأعطه النصف وأحله ان هذا الرجل تائب ، والله يحب التوابين.[١]

وفي المستدرك في نوادر الغصب، عن أبي جعفر (عليه السلام)، انه قال في الغاصب: يعمل العمل ويزيد الزيادة فيما اغتصبه ، قال : ماعمل فزاد فهو له، وما زاد مما ليس من عمله فهو لصاحب الشيء ، ومانقص فهو على الغاصب.[٢]

وبذلك يظهر ، ان مافيه أيضاً،عن دعائم الاسلام ، عن أبي عبد الله (عليه السلام) انه قال ، من اغتصب ماشية فتناسلت في يديه و كثرت فهي وما تناسلت منها للمغصوب منه، وكذلك اذا اغتصب أمة فولدت.[٣] لابد أن يحمل على ماذا لم يكن للغاصب صنع في التوالد والتناسل .

وأما العقل ، فلوضوح ان الزيادة ليست من المالك ، ولا تكون بلامالك ولا تدخل في ملك المالك بدون أن يكون من المالك عمل في ادخالها في ملكه ، فاللازم أن يكون للعامل ، وان كان فاعلا للحرام بغصبه .

ثم ان الشرائع قال بعد عبارته المتقدمة ولو نقصت قيمته بشيء من ذلك ضمن الارش .

أقول : ماذكره هو مقتضى القاعدة :، لان على الغاصب ان يرد الشيء،

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ٢٣٥ الباب ١ من أبواب الوديعة ح ١ .

(٢) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٧ الباب ٩ من أبواب الغصب ح ٣ .

(٣) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٦ الباب ٦ من أبواب الغصب ح ١ .

كما كان على مايدل عليه قوله عليه السلام: على اليدما أخذت حتى تؤديه[١]. وغيره مما يفيد ان يد الغاصب يد ضمان .

وعلى ماذكرناه ، فاذا زاد في جهة ونقص من جهة كانت الزيادة للغاصب والنقص عليه،لانه يتهاتران،اذحاله حال ماإذا غرس الغاصب نخلا وقطع نخلا حيث ان ضمان النخل المقطوع عليه وزيادة النخل المزروع له .

ومما تقدم يعرف ، مكان النظر في قول القواعد حيث قال : لو غصب حنطة فطحنها أو ثوباً فقصره أو خاطه، لم يملك العين، بل يردها مع الزيادة وارش النقص ان نقصت القيمة بذلك .

ومثله كلام التذكرة، فانه قال فيماحكي عنه : لايملك الغاصب العين المغصوبة بتغيير صفاتها، فلوغصب حنطة فطحنها، أو شاة فذبحها وشواها، أو حديداً فصنعه سكيناً، أوآنية أوآلة، أوثوباًفقطعه وخاطه أوقصره، أوطيناًفصيره لبناً ، فان حق المالك لاينقطع عن هذه الاعيان، ولايملك الغاصب بشيء من هذه التصرفات ، بل يردّها مع ارش النقص ان نقصت القيمة عند علمائنا أجمع ـانتهى .

فان فيه: بالاضافة الى لزوم تقييد الخيوط بما اذا كانت للمالك في مسألة خياطة الثوب ، اذ لوكانت للغاصب كانت كالصبغ على ما يأتي ، ولذا قيده بذلك في مفتاح الكرامة : انه ان أراد الرد مع ارش النقص مع الزيادة، ففيه ماتقدم، والا كان مقتضى القاعدة ،نعم ظاهره كظاهر غيره ان اللازم الرد مع الزيادة .

---

(١) المستدرك : ج ٢ ص ٥٠٤ الباب ١ من أبواب العارية ح ١٢ .

ثم قال القواعد : ولوصاغ النقرة حلياً ردّها كذلك ، فلو كسر ضمن الصنعة، وان كانت من جهته ، وقدنقل مثل ذلك مفتاح الكرامة عن التحرير و الدروس وجامع المقاصد ، وعللوه بأن الصنعة ليست عيناً ليتخيل انها مال للغاصب ، وانما هي صفة حدثت في ملك المالك بسبب الغاصب ، فتكون للمالك تبعاً .

ومثله مالوعلف الدابة فسمنت، لان السمن من اللهسبحانه وتعالى، وليس هو عين العلف، كماعالهبذلك في جامع المقاصد.. وقد عرفت وجه النظرفي ذلك، حيث ان العلة عليلة، ومقتضى القاعدة ان يكون للغاصب سعيه، وان كان آثماً بفعله ، وكون السمن من الله سبحانه وتعالى، وليس هو عين العلف، لا يقاوم الدليل الذي ذكرناه من الاية والرواية وحكم العقل .

ثم أي فرق بين ماذكر، وبين ماذكره العلامة بعد ذلك بقوله: ولوصبغه بمايساوي قيمته تشاركا ؟ .

فان الصبغ أيضاً من الله سبحانه وتعالى، فيمازالت العين وبقى اللون فقد ثبت في علم الكلام وغيره ان الانسان انما يأتي بالمعد فقط، وسيأتي تفصيلهم الكلام في الصبغ .

وبذلك ظهر وجه النظر في قول القواعد ، حيث قال: فلو كسر ضمن الصنعة ، وان كانت من جهته ، وان قال مثله في التحرير والدروس وجامع المقاصدكما حكي عنهم ، وان علله في مفتاح الكرامة بانها ملك للمالك. اذ قد عرفت ان المالك لايملك سعي غيره ، فمقتضى القاعدة انه لو ردّ المال الى مالكه، كماكان لم يكن عليه ضمان ، نعم ان سبب الكسر النقص ضمن ، كماهو مقتضى النص والفتوى .

ثم هل للمالك اجباره على ردّها نقرة، كما ذكره القواعد والتحرير و جامع المقاصد والمسالك ؟ الظاهر عدم الاجبار، لانه اضرار بالغاصب، وقد تقدم في بعض المسائل السابقة ان الغاصب يشمله دليل لا ضرر كغيره ولاحق للمالك في اضراره، ودليل : ﴿ الناس مسلطون ﴾[1] ليس حاكماً على دليل لا ضرر حتى يقال: ان المالك مسلط على ماله ، وعلى الغاصب ردّه ، فلا مجال لدليل لاضرر بالنسبة الى الغاصب .

وعليه، فاذا أجبره المالك على ردها نقرة ففعل من دون رضاه كان المالك ضامناً للصنعة .

نعم ، لاينبغي الاشكال في انه حينئذ لايضمن الغاصب ارش الصنعة كما في القواعد والتحرير وجامع المقاصد والمسالك وغيرها، لماعلله في مفتاح الكرامة بأن بقاء الصنعة مع الرد نقرة غيرممكن ، فيكون الامر بردّها كذلك اذناً في اذهاب الصنعة .

وفي الجواهر : انه لايضمن تلك الزيادة بتلك الصنعة بعد الامر له بالرد المقتضي لاتلافها، وانما يضمن مانقص من قيمة أصل النقرة بالكسر .

وبذلك يظهر، انه لاوجه لتعليل مفتاح الكرامة بانـه يضمن ارش الصنعة اذا أجبره المالك على ردها نقرة، فردها كذلك بقوله: انه لعله اعتمد في ذلك على كون ماينقص من العين مضموناً على الغاصب الى حصول التسليم التام والصنعة جزء من العين ومقوماتها وملك للمغصوب منه، فتكون مضمونة عليه وان أمره بردّهـا نقرة ، فلايجدى التمسك في العدم بأن العين لم تكن على

---

(١) بحار الأنوار : ج ٢ ص ٢٧٢ .

تلك الصنعة وقت الغصب ولم تستقر للمالك في ذمة الغاصب - انتهى .

اذ على كون فرض الصنعة أصبحت ملكاً للمالك انه هو الذي أمر بهدمها فيكون حاله كحال ماإذا أمر مالك الدار العامل بهدم الدار، فهل يحتمل ضمان العامل مع أمر المالك بالهدم ؟

لايقال: كيف تقولون بضمان الغاصب ارش النقص مع ان المالك هو الذي أمر بهدم الصنعة المستلزم للنقص، وأي فرق بين الصنعة حتى قلتم بعدم ضمانها بسبب أمر المالك والمقص حتى قلتم بضمانه ؟

لانه يقال : المالك له الحق في استرداد ماله كاملا ، ومعنى أمره بهدم الصنعة استرداد ماله كما كان، لان الغصب كله مردود كما تقدم[1]، فأمره لايزيل حقه، بينما ان الصنعة كما عرفت ليست للمالك ، ولهذا ازالتها من الغاصب لا توجب شيئاً للمالك .

نعم ، الذين ذكروا ان الصنعة تكون للمالك عليهم ابداء الفرق بين الامرين، وقد حاول جامع المقاصد بيان الفرق بين الصنعة والنقص و غيرهما فقال في محكي كلامه : وهذا دخل في الصنعة التي لم تكن العين عليها في وقت الغصب، ولم تستقر للمالك في ذمة الغاصب .

فعلى هذا لو علفه الغاصب بعد نقله الى موضع بعيد فسمن، ثم أمره المالك برده على الفور على وجه يستلزم هزاله لموالاة السير لم يضمن السمن الناقص، و يشكل بأنه لو كان سميناً عند المالك فغصبه ونقله على وجه لاعنف فيه فبقي

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٠٩ الباب ١ من كتاب الغصب ح ٣ .

سمنه، ثم أجبره المالك على رده على الفور، فزال سمنه لم يضمنه وهو ينافي تضمين النقصان بالأمر بكسر الحلي المصنوع، وفي الفرق نظر.

ثم قال : ويختلج بالخاطر فرق بتأمل بعض ذلك، وهو ان طلب المالك رد الحلي نقرة يقتضي عدم قبول الصنعة، بخلاف رد السمين اذا استلزم رده الى الهزال، وبخلاف نقصان العين بالكسر، فانه لايقتضي ذلك، ولامنافات بين ملكية السمن والرضا بها وطلب الرد على الفور، وان علم بهزاله للاعتماد على كون ما ينقص من العين مضموناً عليه .

قال : ويمكن ان يفرق بوجه آخر، وهو ان الامر برد الحلى نقرة يدل على عدم قبول الصنعة والترخيص في اتلافها، بخلاف ما ينقص بالكسر، لان الامر بالكسر لايقتضي قبول الناقص من الفضة، وان كان لازماً عنه لامحالة، فهو محسوب من جملة المئونة الواجبة على الغاصب، فانه لو أمره المالك برد الدابة الى بلد الغصب ، وكان ذلك مستلزماً للهزال ، لايكون دالا على عدم ارادة السمن والترخيص في اتلافه، فيكون من باب المقدمة كالعلف والسقي، وينبغي التأمل في الفرق بينه وبين الاول ـ انتهى.

وحيث قد عرفت، ان مقتضى القاعدة حق المالك في ماله كاملا بلازيادة ولا نقيصة، فالصنعة لاحق له فيها اطلاقاً ، كما ان النقص له الحق فيه ، وأمره بالارجاع ليس معناه انه تنازل عن حقه الكامل في العين، كما انه كذلك بالنسبة الى الشاة، فاذا أمر بردها وسبب ذلك الهزال كان الغاصب ضامناً .

أما اذا سبب رجوع الشاة الى حالتها الاولية بذهاب السمن الذي حصل بسبب الغاصب، فانه لاحق له في شيء لان السمن الزائد لم يكن له، وانما كان للغاصب .

لايقال : فكيف قلتم بأن الغاصب لايتضرر؟

فانه يقال : فرق بين الضرر الذي يلزمه عرفاً رد العين، حيث انه داخل في قوله : الغصب كله مردود.[١] وبين ما لايلزمه عرفاً كالصنعة فانه لايجبر على ازالتها.

بل على المالك :أما القبول بالاشتراك مع الغاصب، أو اعطاء الغاصب قيمة الصنعة برضاه ويؤيد ذلك ما تقدم من حديث الشيخ الطوسي عن الخلفاني، عن أبي عبدالله عليه السلام ، حيث قال عليه السلام : عليك ان ترجع بمالك على الورثة ، وترد المعيشة على صاحبها وتخرج يدك عنها .

قال : فاذا أنا فعلت ذلك له أن يطالبني بغير ذلك ؟ قال عليه السلام : نعم له أن يأخذ منك ماأخذت من الغلة من الثمار ، وكل ماكان مرسوماً في المعيشة يوم اشتريتها يجب أن ترد كل ذلك الاما كان من زرع زرعته أنت ، فان للمزارع أما قيمة الزرع ، وأما ان يصبر عليك الى وقت حصاد الزرع ، فان لم يفعل كان ذلك له ورد عليك القيمة وكان الزرع له .

قلت : جعلت فداك ، فان كان هذا قد أحدث فيها بناءاً وغرساً ؟ قال: له قيمة ذلك ، أو يكون ذلك المحدث بعينه يقلعه ويأخذه . فقلت : جعلت فداك أرأيت ان كان فيها غرس أو بناء فقلع الغرس وهدم البناء ؟

فقال: يرد ذلك الى ماكان، أو يغرم القيمة لصاحب الارض، فاذا رد جميع ماأخذ من غلاتها الى صاحبها ورد البناء والغرس ، وكل محدث الى ما كان أو رد القيمة كذلك يجب على صاحب الارض ان يرد عليه كل ماخرج عنه في اصلاح المعيشة من قيمة غرس أو بناء أونفقة في مصلحة المعيشة ورفع

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٠٩ الباب ١ من كتاب الغصب ح ٣ .

النوائب عنها ، كل ذلك فهو مردود اليه[1].

فان الامام عليه السلام فرق بين الزرع والبناء وكل محدث فجعله للغاصب، وبين الحفر التي تحدث في الارض بسبب قلع البناء والزرع فجعلها على الغاصب فقال عليه السلام : يرد ذلك الى ما كان ، أو يغرم القيمة لصاحب الارض .

كما انه يؤيده أيضاً مارواه عقبة بن خالد قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام ، عن رجل أتى أرض رجل فزرعها بغير اذنه، حتى اذا بلغ الزرع جاء صاحب الارض ، فقال : زرعت بغير اذني فزرعك لي وعلى ماأنفقت ، أله ذلك أم لا ؟ فقال عليه السلام : للزارع زرعه ، ولصاحب الارض كرى أرضه[2].

وفي حديث، عن محمد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام، في رجل اكترى داراً و فيها بستان ، فزرع في البستان وغرس نخلا واشجاراً وفواكه وغير ذلك، ولم يستأمر صاحب الدار في ذلك ؟ قال: عليه الكراء ويقوم صاحب الدار الزرع والغرس قيمة عدل ، ويعطيه الغارس ان كان استأمره في ذلك، وان لم يكن أستأمره في ذلك فعليه الكراء ، وله الزرع والغرس ويقلعه ويذهب به حيث شاء[3].

أقول: السؤال خاص بمالم يستأمره، والجواب شامل للصورتين، وحاصل الكلام ان الزرع أو الغرس باذن صاحب الارض لايقلع ، وبغير اذنه يقلع .

وقال الصدوق في المقنع الذي هو متون الروايات: وان أتى رجل أرض رجل فزرعها بغير اذنه ، فلما بلغ الزرع جاء صاحب الارض فقال : زرعت

---

(١) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٦ الباب ٢ من أبواب الغصب ح ١ .
(٢) الوسائل : ج ١٧ ص ٣١٠ الباب ٢ من أبواب الغصب ح ١ .
(٣) الوسائل : ج ١٧ ص ٣١٠ الباب ٢ من أبواب الغصب ح ٢ .

بغير اذني فزرعك لي وعلى ماأنفقت، فللزارع زرعه ولصاحب الارض كرى أرضه[١].

لا يقال : هذه الروايات تنافي ماذكرتم من ان الزرع مشترك بين الزارع ومالك الارض ، لان الزرع يأخذ من الارض ، كما يأخذ اتعاب الزارع .

لانه يقال : الروايات ليست بصدد التفصيل من هذه الجهة ، ولـذا يجب أن تبين بما تقدم في رواية من أنكر وديعة ثم أقر بها .

ورواية الدعائم المتقدمة من قوله عليه السلام : في الغاصب يعمل العمل ويزيد الزيادة فيما اغتصبه ؟ قال : ماعمل فزاد فهو له، ومازاد مماليس من عمله فهو لصاحب الشيء ، وما نقص فهو على الغاصب[٢].

بالاضافة الى آية السعي[٣] ودليل العقل وغير ذلك فتأمل .

قال في الشرائع : ولو صبغ الثـوب كان له ازالة الصبغ بشـرط ضمان الارش ان نقص الثوب، ولصاحب الثوب ازالته أيضاً ، لانه في ملكه بغير حق ولو أراد أحدهما ما لصاحبه بقيمته لـم يجب على أحدهما اجابـة الاخـر ، وكذا لو وهب أحدهما صاحبه لم يجب على الموهوب له القبـول ،الى آخر كلامه .

أقول: لو صبغ الغاصب ثوب المغصوب منه بصبغه، بأن كان من الغاصب العمل فقط ، وانما الصبغ والثوب كلاهما للمالك، فانه ان زادت القيمة على الصبغ والثوب ، مثلا : كان الثوب يسوى عشرة والصبغ يسوى عشرة فلمـا

(١) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٦ الباب ٢ من أبواب الغصب ح ٢ .
(٢) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٧ الباب ٩ من أبواب الغصب ح ٣ .
(٣) سورة النجم : آية / ٣٩ .

صبغ الثوب صارت القيمة ثلاثين، فمقتضى القاعدة ان العشرة الزائدةللغاصب لانه عمله، ولاوجه لان يكون للمغصوب منه كما تقدم مثله ، وانلم يزد، وانما كان الثوب بعد الصبغ بعشرين لم يكن للغاصب شيء ، كما ليس عليه شيء وان نقص كان على الغاصب النقص ، لانه هو الذي سببه فيشمله لاضرر ، ولا يتوى ، والغصب كله مردود ، ونحو ذلك .

ولو صبغ الغاصب بصبغ نفسه لابصبغ المالك ، فقد يكون قابلا للازالة وقد لايكون ، وأوضح منه مالو ألصق الغاصب خشبته بسفينة المالك ، وهي قابلة للازالة ، فقد يكون يرضى كلاهما بازالة أحدهما أو بازالة ثالث لهما ، فلااشكال، وقد يكون لايرضىأحدهما بازالة الاخر ولابازالة الثالث، فصاحب السفينة يريد ازالة الخشبة بنفسه ، وصاحب الخشبة يريد ازالتها بنفسه .

وهنا مقتضى القاعدة ان الحاكم يعطي لاحدهما الصلاحية في الازالة اعتباطاً أو بالقرعة ، لا للثالث، لان ازالة الثالث خلاف سلطنتهما معاً، وازالة أحدهما خلاف سلطنةأحدهما، والضرورة تقدربقدرها، فلايجوز ازالةسلطنتهما فيمايمكن ازالة سلطنة أحدهما فقط .

وعلى أي حال، فان لميتلف بالازالة أحدهما فلاكلام، أمااذا سبب الازالة تلف أحدهما، فان سبب تلف مال الغاصب لميكن بذلك بأس، لانه هو الذي تعدى واذهب احترام مال نفسه بنفسه .

أما اذا أصاب التلف مال المالك ، فمقتضى القاعدة ان الغاصب يضمن الارش، لانه هو الذي ضرر وتوى وماأشبه من الادلة .

ثم انه اذا كان هنالك ضرر في قلع الخشبة لهذا أو ذاك، فاذا كان ضرر

أحدهما أكثر يقدم لا ضرره على ضرر الاخر ، مثلا: لو قلع الخشبة تضرر مالك السفينة بعشرة ، ولو لم يقلعها كانت قيمة الخشبة دينار بمايسبب تضرر الغاصب بدينار، حيث تبقى خشبته ملتصقة بالسفينة ، فانه يقدم لاضرر المالك فلاتقلع الخشبة .

أما اذا انعكس بأن كانت قيمة الخشبة عشرة، وضرر مالك السفينة بسبب القلع دينار، رجح القلع وضمن الغاصب الارش أي الدينار .

أما اذا كان الضرر متساوياً بأن كانت قيمة الخشبة دينار، واذا قلعت تضرر صاحب السفينة بدينار، حيث ان الامر يدور بالقلع بتضرر المالك، وعدم القلع بتضرر صاحب الخشبة فالظاهر انه يرجح الحاكم أحدهما على الاخر، لانه وضع لحل المشكلات، كماذكرناه في [كتاب القضاء] وغيره، فاذا رجح الحاكم القلع وجب على صاحب الخشبة اعطاء الارش، لانه هو الذي سبب الضرر على مالك السفينة .

أما اذا رجح بقاء الخشبة، فالظاهر انه لاشيء على صاحب السفينة، لانه لم يسبب ضرراً على أحد .

ولايقال: انه كيف يتصرف صاحبها في الخشبة ؟

لانه يقال: ان صاحب الخشبة هو الذي أذهب احترام مال نفسه .

وبذلك ظهر حال اشباه ذلك ، كما اذا غرس الغاصب الاشجار في الارض المغصوب منه، أونصب خشبة أوعموداً في بنائه، أوبنى غرفة في داره، الى غيرذلك من الامثلة .

وكيف كان، فقد ظهر مماتقدم وجه كلام العلامة بأن الفاضل بينهما في مثل ما اذا صبغ الثوب فزادت القيمة، كما اذا كانت قيمة الثوب عشرة وقيمة

الصبغ عشرة، وساوى بعد الصبغ ثلاثين، لان الزيادة لهما ، فلولا الصبغ لم تزد قيمة الثوب، ولولا الثوب لم تزد قيمة الصبغ :

فحال المقام حال ماإذا كان للمغصوب منه فردة حذاء، ثم صنع الغاصب فردة اخرى وباعهما بثلاثين، بينما كل فردة بعشرة، فان اللازم تقسيم العشرة الزائدة بين الغاصب والمغصوب منه، ولا حق للغاصب أن يقول: لولا فردتي أو لولا صبغي كانت قيمة الفردة والثوب عشرة ، فاللازم ان أعطى للمغصوب منه عشرة فقط .

لايقال: من عمل الغاصب زادت القيمة وله سعيه ؟

لانه يقال: ليست الزيادة من عمل الغاصب فقط، وانما من العمل، ومن مال المغصوب منه ، ومن مال الغاصب ، وان كانت المسألة بعد بحاجة الى تأمل .

نعم ماذكره العلامة هو المحكي عن المبسوط والتذكرة والمسالك و الشرايع والكفاية وغيرهم .

وبذلك ظهر وجه النظر في كلام مفتاح الكرامة قال: ولوزادت قيمتهما لزيادة قيمة الثوب، فالزيادة لمالكه خاصة، كما انها لوزادت لزيادة قيمةالصبغ فالزيادة للغاصب، ولوزادت بسببالعمل خاصة فهي بينهما، لان كلا من الثوب والصبغ قد زاد بالصنعة ، والزيادة الحاصلة بفعل الغاصب اذا استندت الى الاثر المحض تسلم للمغصوب منه ـ انتهى .

اذ لماذا تكون زيادة قيمة الثوب للمالك، مع ان السعي له مدخلية في تلك الزيادة؟ كما انه لماذا تكون الزيادة للغاصب فقط، فيما اذا زادت قيمة

الصبغ؟ بينما ان للثوب أيضاً مدخلية في هذه الزيادة ؟

نعم مقتضى القاعدة ان العرف اذا رأوا الزيادة منقسمة بينهما انقسمت تقسيماً متساوياً، وأما اذا رأوا زيادة فيهذا الجانب، أو في ذلك الجانب، كان التقسيم حسب رأي العرف ورؤيته .

فقد يرى العرف ان أكثرية الزيادة للغاصب، وقد يرى ان أكثريةالزيادة للمالك، وقد يرى التساوي، فاذا بنى داراً في أرض المالك، فقد تزداد قيمة الارض بسبب البناء ، وقد تزداد قيمة البناء بسبب الارض، وقد تزداد قيمتهما معاً، ففي كل الاحوال الثلاثة يكون المحكم العرف في ان الزيادة الحاصلة كم منها لهذا ، وكم منها لهذا .

وعن المبسوط انه لو نقصت قيمة الصبغ و زادت قيمة الثوب ، فهو بينهما بالنسبة، كمالوانخفضت قيمة الصبغ الى ثمانية بعد انكان يساوي عشرة وارتفعت قيمة الثوب الى اثنى عشر وهو المحكى عن غيره أيضاً، وأيّده مفتاح الكرامة، ومقتضى القاعدة ان النقص فيالصبغ على الغاصب، لانه هو الذي انقص ماله بسبب استعماله في ملك المغصوب .

أماالزيادة فهو بينهما أما بالتساوي أوبالتفاوت حسب رأيالعرف .

وعلى أي حال، فقدظهر مماتقدم انه لو نقص المجموع عن قيمة الثوب رده مصبوغاً مع ارش النقص، كماذكره القواعد فيماتقدم من كلامه، مثلا : اذا صارت قيمتهما معاً ثمانية في مثال ان قيمة كل واحد عشرة، فانه يردالثوب مصبوغاً ويرد معه درهمين، وذهب صبغه وعمله ضياعاً، بينماكان اذا استأجره المالك لذلك كان للصابغ عشرة قيمة عمله فرضاً، والظاهر انه لا حق للمالك أن يقول: لااريد الثوب المصبوغ فخذ الثوب وأعطني بدله أوعشرة، اذ هو

ملكه وبالصبغ لم يخرج عن ملكه، وانما ورد عليه نقص يجب على الغاصب تداركه ـ على اشكال في الجملة ـ .

وكذلك اذا كسر رجل فرسه، أوفقاء عين شاته أو ماأشبه، فانه يرد عليه مع الارش على تأمل في انه لا حق له في تقاضي بدل ماله .

كما ان الغاصب اذا قال : أعطني الثوب وأرد عليك بدله أو الثمن لا يجب على المالك اجابته، اذ هو ثوبه فلا تنتزع سلطته عنه بدون دليل، ولو قال الغاصب: أعطني الثوب حتى ازيل الصبغ، فالظاهر انه لا حق للمالك في الجائه الى الارش، لان الغاصب له السلطة على ماله وهو الارش، وعلى عمله وهو ازالة الصبغ، وواجب عليه أحدهما، أما تعيين هذا أوذاك، فهو بيده لا بيد المغصوب منه، كذا قيل، لكن مقتضى ان الغصب مردود ان للمالك الحق في الزامه بازالة الصبغ .

أما ماتقدم عن العلامة من انه تثبت الشركة لو اطارت الريح الثوب الى اجانة صباغ، وهو المحكى عن التذكرة وجامع المقاصد أيضاً .

وعلله في مفتاح الكرامة بتحقق اختلاط المالين ، ولاحق لاحدهما أن يكلف الاخر الفصل ولا التغريم ان حصل نقص في أحدهما ، اذ لاعدوان من أحدهما ـ انتهى .

فمقتضى القاعدة أن يقال: ان حصل النقص في كل واحد منهما كان النقص عليهما ، وان حصل النقص في أحدهما كان النقص على المنقوص منه ، وان حصلت الزيادة في أحدهما فالزيادة له، وان حصلت الزيادة في كليهما فالزيادة لهما، فليست المسألة هنا كمسألة الغاصب ، اذ لاغاصب في البين حتى يكون

عليه النقص ، ويكون له الزيادة بمقتضى سعيه وعمله .

ولو غصب الصبغ والثوب ثالث فصبغه بذلك ، فان نقصا ضمن النقص فيهما ، وان نقص أحدهما ضمن النقص فيه ، وان زادا أو زاد أحدهما صار شريكاً لما عرفت من ان له سعيه ، وحيث ان الزيادة متقومة بالجانبين السعي من هذا والعين من ذاك كان اللازم تقسيمها بينهما ، اما بالسوية أو بالاختلاف حسب نظر العرف ، واذا زاد الاثنان قسمت بين الثلاثة .

ثم ان الغاصب الذي جمع الثوب والصبغ من اثنين وصبغ الثوب ان كان الصبغ مما يمكن فصله فلهما تكليفه بالفصل ، فان حصل بالفصل نقص فيهما أو في أحدهما غرمه الغاصب ، كما أفتى به في مفتاح الكرامة ، وذلك لانه مقتضى رد الغصب في النص والفتوى ، فان (رده) ظاهر في رده كما كان على ماتقدم في بعض المسائل السابقة، والنقص انماحصل بفعله أولا حيث صبغ الثوب :

فلايقال : ان النقص حصل بسبب أمرهما بالتفكيك فلاارش عليه ، ثم ان الصبغ اذالم يقبل الزوال لم يكن معنى لجبر المالك الغاصب على فصله، أما اذا قبل الزوال، فهل يجبر على فصله، كما عن المبسوط بلفظ الاقوى، والارشاد وجامع المقاصد ، وفي التحرير للمالك قلعه ، وفي الايضاح اجيب المالك لوجوب رد العين كما أخذها كما نقل عنهم .

وفي التذكرة: وهل يملك اجبار الغاصب على فصله ؟ الاقرب انه انكان له غرض كان له ذلك، وكذاانكان للصبغ قيمةوالا فلا ـ انتهى كلامالتذكرة، أو يفصل في المسألة بأنه اذا كان للصبغ قيمة لاتزول بزواله ، أو اذا لم يكن للصبغ قيمة كان له حق الاجبار ، والا فلا .

أما حق الاجبار في الصورتين، فلانه مقتضى رد العين المغصوبة كما يستفاد من الغصب كله مردود ، وأما انه لاحق له في الاجبار فيما اذا كانت له قيمة فلانه اضرار بالغاصب، وقد تقدم ان الغاصب لايجوز الاضرار به، وانما يكون الغاصب شريكاً مع المغصوب منه .

نعم اذا كانت للصبغ قيمة ولاتزول بزوال الصبغ كان للمالك الاجبار أيضاً، لانه ليس باضرار؟ احتمالات ، وان كان الاقرب الثالث .

ومنه يعلم، وجه النظر في الكلمات المتقدمة، وكذلك الحال فيما اذا صب الغاصب مائة في حليب غيره ، حيث لايحق لمالك الحليب أن يفوّره حتى تتصاعد الذرات المائية للغاصب ، ويرجع الحليب على مقداره السابق ، لانه اتلاف ، كما لايحق له اجبار الغاصب بذلك .

وهكذا الحال ، اذا جمد الغاصب ماء المالك ، فان لم يكن للمجمد قيمة فوق قيمة الماء كان له الاجبار بالاذابة ، كما كان له الاذابة بنفسه ، أما اذا كان للتجميد قيمة لم يحق له ذلك، مثلا: قيمة الماء درهم، وقيمة الجمد درهمان، فانه اذا أذابه أو أجبره على الاذابة كان معناه انه ضرره بدرهم، فدليل لاضرر محكم في المقام فتأمل .

ثمّ انه ان طلب الغاصب من المالك ازالة الصبغ ، فلايجب على المالك الاجابة اليها ، سواء بقي للصبغ قيمة بعد الازالة أم لا ؟

أما اذا لم تبق قيمة له بعد الازالة ، فلانه لاوجه لاجابته بعد كون الاصل عدم الوجوب على المغصوب منه، كما انه لايجب على المغصوب منه تسليم المال الى الغاصب بأن يزيله الغاصب لاصل عدم وجوب تسليم ماله الى الغير.

وأما اذا كانت للصبغ قيمة بعد الازالة ، فلان الاصل عدم وجوب الازالة على المالك و عدم وجوب التسليم لان يزيله الغاصب ، بل يشتركان كاشتراك أحدهما مع الاخر في خلط مال أحدهما بالاخر .

ومنه يعلم ، وجه النظر في كلام القواعد حيث قال : ولو طلب الغاصب الازالة اجيب اليها ، ونقله في مفتاح الكرامة عن الخلاف و المبسوط والغنية والسرائر و الشرائع والنافع و الارشاد و التحرير و اللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان و الكفاية وهو المشهور ذكره الشيخ وأتباعه ، كما في التنقيح وفي الرياض انه المشهور خصوصاً بين المتأخرين، وفي الكفاية والمسالك انه الاشهر ـ انتهى .

لكن عن التذكرة والدروس التردد .

وبذلك يظهر وجه النظر في استدلال المحقق والشهيد الثانيين للمشهور في المحكى عنهما بانه لو لا اجابته الى قلع الصبغ لزم عدوان آخر وهو التصرف في مال الغير بغير حق، وانه لاسبيل الى تملكه بعوض ولابغير عوض قهراً ، ولا الى الزام المالك ببيع الثوب، وبيع الصبغ وحده مع الحكم المذكور لافائدة فيه ، فربما لم يرغب فيه راغب ، وبقاء الثوب في يد المالك ممنوعاً من التصرف فيه موجب لزيادة الضرر، فلم يبق الا الاجابة الى القلع فحينئذ يترجح هذا بانحصار وصول الحق الى مستحقه فيه اذ من ظلم لايحل أن يظلم الى آخر كلامهما .

اذ قد عرفت ان مقتضى القاعدة الاشتراك ، ويكون حال الثوب المصبوغ كحال الاموال المشتركة في كيفية فصل مال أحدهما عن مال الاخر .

وعليه ، فاذا أرادا شيئاً نفذ ارادتهما من بيع هذا لهذا أو بالعكس ، أو بيعهما لثالث ، أوالمهايات في الانتفاع أوماأشبه، وان اختلفا فأراد كل اشتراء مال صاحبه ،أو أراد أحدهما الاشتراك ، وأراد الاخر البيع من الغير أو نحو ذلك فصل بينهما الحاكم .

ومنه يعلم وجه كلام الشرائع حيث قال : ولـو أراد أحدهما ما لصاحبه بقيمته لم يجب على أحدهما اجابة الاخر ، وكذا لو وهب أحدهما صاحبه لم يجب على الموهوب له القبول .

وعلله في الجواهر بقوله: لما فيه من المنة ، بلاخلاف أجده فيه اذا كان الطالب الغاصب ، وان احتمله فـي الكفاية ،الا انه لم نجده لغيره حتى مـن العامة مع وضوح ضعفه ـ انتهى كلام الجواهر .

كما ان منه يعلم، وجه النظر فيما في القواعد والتذكرة والروضة وغيرها، كما حكى عن جماعة منهم من ان لصاحب الثوب الامتناع من البيع لو طلبه الغاصب دون العكس ـ انتهى .

اذ قد عرفت انه لافرق بين عـدم امكان اجبار أحدهما الاخـر ان يكون الغاصب الجابر ، أو المالك .

ثم ان ما ذكرناه من ان الغاصب ضامن لنقص قيمة الثوب ، انما هو فيما اذا نقص بسبب الصبغ ، أما اذا نقصت القيمة بسبب تنزل السوق ، فـلا اشكال في ان الغاصب ليس بضامن ، لانه ليس من فعله ، ولذا فـي الجواهـر بعدم الضمان مع استناد النقصان الى تغير السوق ، لاالى فعل الغاصب وكـذا اذا حصل النقصان بسبب ان الثوب خاق بسبب عارض .

كما ان مما تقدم يظهر وجه النظر في قول الجواهر حيث قال : ولو كان الصبغ مغصوباً من مالك الثوب ، فان لم يحدث بفعله نقصان فيهما فهو للمالك ولا غرم على الغاصب ولا شيء له وان زادت القيمة، لان الموجود منه أثر محض وان حدث بفعله نقصان غرم ـ انتهى .

اذ قد عرفت، ان الزيادة تكون للغاصب بقدر سعيه، ولم يعلم وجه لقوله: بأن الموجود منه أثر محض ، فان هذه علة استيناسية لاشرعية .

ثم اذا أمكن الفصل بين الصبغ والثوب والحال انهما لمالك واحد أو لمالكين ، كان على المالك اجبار الغاصب على الفصل ، وتضمينه النقص ان حصل كما في الجواهر ، وذلك لدليل ان الغصب مردود ، فان مقتضاه رده كما كان .

نعم ، اذا رضي المالكان، أو المالك بعدم الفصل،لم يكن للغاصب الفصل كما في الجواهر أيضاً ، لانه تصرف في ملك الغير بغير اذنه .

أما اذا رضي أحد المالكين بالفصل وأمره بذلك ونهاه المالك الاخر ، فالمرجع الحاكم اذ لاوجه لتقديم سلطة أحدهما على الاخر ، فهو كما اذا قال أحد الشريكين لاجنبي بفصل ماله عن مال شريكه ، ولم يرض الاخر بالفصل، اذ وجه تلك المسألة آت هنا .

قال في القواعد : ولو كانت قيمة كل منهما خمسة وساوى المصبوغ عشرة ، الا ان قيمة الثوب ارتفعت بالسوق الى سبعة ، وانحطت قيمة الصبغ الى ثلاثة ، فللمالك سبعة ، ولو ساوى اثنى عشر ، فللمالك نصفها وخمسها ، وللغاصب خمسها وعشرها ، وبالعكس اذ النقص السوقي غير مضمون .

أقول : أما الفرع الاول : فهو واضح ، لان الثوب ساوى بعد الصبغ

للقيمة السوقية سبعة، والصبغ ثلاثة، بعد ان كانت قيمة كل واحد منهما خمسة وبيعا، فانه للمالك سبعة هي نصف العشرة وخمسها، وللغاصب ثلاثة هي خمس العشرة وعشرها، لوضوح ان الحكم يتعلق بماصارت القيمة السوقية اليه، ولا أثر للخمسة التي كانت للمالك، أو التي كانت للغاصب بعد تغير السوق.

وكذا في كل شركة، فاذا كان لصاحب السكر خمسة، ولصاحب اللبن خمسة قيمة مالهما، وبعد الاختلاط تنزل السوق بأن صارت قيمة السكر ثلاثة وارتفع السوق بأن صارت قيمة اللبن سبعة، فانه لا يلاحظ القيمة السابقة، بل القيمة الحالية النازلة والصاعدة.

ومنه يعلم وجه فرعه الثاني الذي قال: ولو ساوى اثنى عشر، فللمالك نصفها وخمسها، فانه كما كان في الفرع الاول للمالك نصف العشرة وخمسها كان في الفرع الثاني للمالك نصف اثنى عشر وخمسها وهما ثمانية وخمسان من اثنين، وكذلك يكون للغاصب خمسها وعشرها لانه قد كان له من العشرة خمس وعشر.

ويمكن استخراج هذه المسألة وأشباهها بالاربعة المتناسبة، بأن يقال: لو كان المجموع عشرة لكان للمالك سبعة.

فلو كان المجموع مثلا: سبعة وسبعين فكم للمالك؟ أوبالعكس بأن يقال: لو كان عشرة لكان للغاصب ثلاثة، والان حيث المجموع خمسون مثلا فكم للغاصب؟ الى غير ذلك مما هو واضح، كما انه يمكن استخراج المسألة بحساب الخطئين وغيره.

(مسألة ـ ٢٧ ـ) قال في الشرائع : اذا غصب دهناً كالزيت أو السمن فخلطه بمثله فهما شريكان ، ولو خلطه بأدون أو أجود قيل يضمن المثل لتعذر تسليم العين ، وقيل يكون شريكاً في فضل الجودة ، ويضمن المثل في فضل الردائة ، الا أن يرضى المالك بأخذ العين ـ انتهى .

وقال في مفتاح الكرامة : انه خيرة المبسوط والتذكرة والمختلف والارشاد والدروس وغاية المراد وجامع المقاصد ، وفي المسالك نسبته الى الاكثر، وفي مجمع البرهان انه ظاهر، ثم قال: ولكن في السرائر انه كالمستهلك ان شاء الغاصب أعطاه من زيته المخلوط ، وان شاء أعطاه من غير مثل زيته، وانه هو الذي تقتضيه أصول المذهب ، لان عين الزيت المغصوب قد استهلك لانه لو طالبه برده بعينه لما قدر على ذلك ـ انتهى .

أقول : مقتضى القاعدة ماذكروه ، لان الامر عرفي ، والشارع لم يردع عنه ، فان الامر دائر بين أن لايملك أيهما شيئاً ، أو أن يملك كل منهما كله ، أو أن يملك الغاصب دون المالك أو بالعكس ، وكل ذلك خلاف العرف وخلاف استصحاب الملكية ، فمقتضى القاعدة بقاء ملكهما ، ولذا استدلوا له بأن عين مال المالك موجودة في الجملة غايته انها ممتزجة بغيرها ، وذلك لا يخرجها عن ملكه، ولان في اثبات الشركة ايصال المالك الى بعض حقه، والى بدل بعضه من غير زيادة فوتت على الغاصب ، فكان أولى من ايصاله الى بدل الكل .

ولذا رد الجواهر السرائر بقوله : انه لاشيء في اصول المذهب يقتضي الخروج بذلك عن الملك ، والا لخرج بالاختلاط أيضاً بغير اختيار أوبرضى

منهما ، كما انه ليس في شيء منها مايقتضي الانتقال عن الملك بمحض التعدى لوغصب رطلا من هذا ورطلا من هذا وخلطهما ، فانهما يكونان بذلك هالكين وانما تقتضي اصول المذهب بقاء كل منهما على ملك مالكه ، ويجري عليهما حكم المشترك بالاتلاف والبيع ونحوهما، أو يثبت ان مثله سبب شرعي للشركة على وجه يكون الحبة الواحدة مشتركة بينهما ، وان كانت في الواقع هي لاحدهما، فحينئذ فلافرق بين المزج الاختياري والاتفاقي والغصبي في حصولها به ، الى آخر كلامه .

وهو كما ذكره، لما ذكرناه من ان الامر عرفي، والشارع لم يردع عنه فمقتضى القاعدة انه ممضاة من قبله .

أما اذا خلطه بالاجود ، فعن المبسوط وتبعه السرائر والتحرير كما حكى عنهم ان الغاصب بالخيار بين أن يعطيه من عينه ، أو مثله من غيره، فان باعه قسم الثمن بينهما على قدر الزيتين ، والصحيح ان هذا كالمستهلك . فيسقط حقه من العين ويصير في ذمة الغاصب ، لانه قد تعذر أن يصل الى عين ملكه بعينها، فاذا انتقل الى الذمة يكون الغاصب بالخيار بين أن يعطيه من عينه فيلزمه قبوله ، لانه قد تطوع بخير من زيته ، لا لانه أعطاه عين ماله ، وبين أن يعطيه مثله من غيره ـ انتهى مافي المبسوط .

لكن عن مشهور المتأخرين كالتذكرة والارشاد والمختلف والدروس وجامع المقاصد ، وحكاه المحقق عن بعض أصحابنا : تشاركهما ، وعن الدروس والمختلف وجامع المقاصد انه يقسم بينهما ، وان كان مال الغاصب أجود .

أقول: الظاهر تشاركهما كل بقدر حقه، فاذا كان الاجود يسوي دينارين،

والارديء يسوي ديناراً ، كان للغاصب من العين بقدر دينارين ، وللمالك بقدر دينار، وذلك لانه هو العرفي في مثل هذه المشاركات قهرية كانت أو اختيارية من الغاصب ، أو من ثالث .

وقد عرفت ان مثل هذه الامور عرفية أمضاها الشارع، حيث سكت عليها، ولذا احتج المتأخرون لرأيهم بأن الزيادة الحاصلة زيادة صفة حصلت بفعل الغاصب أو عنده عدواناً ، فلايسقط حق المالك من العين بسببها ، كما لو صاغ النقرة وعلف الدابة فسمنت ، وعلم العبد صنعة فتأمل .

وأما القولان الاخران ، فيرد على قول الشيخ ومن تبعه ان مال المالك لايكون كالمستهلك، كما ان مال الغاصب كذلك، ولذا فلاوجه لجعل مال أحدهما كالمستهلك حتى يكون له على الاخر المثل أو الثمن، كما انه يرد على القول بالتشريك انه لاوجه له بعد كون مال احدهما أكثر من مال الاخر، فبماذا انتقل الاكثر الى الاخر ؟ مع ان الاعتبار العرفي والشرعي و العقلي في الماليات الروح والجسم، فاذا لم يمكن الجسم رجع الى الروح، كما تقدم مثل هذه المسألة في بعض المباحث السابقة .

ولذا قال في مفتاح الكرامة : وقد يكون المراد من قوله في التذكرة والارشاد تشاركاً انه انما يشاركه في أصل المال، لافي الزيادة، فيكون الشأن في ذلك كما هو الشأن فيما اذا انهال صاع رجل قيمته درهم على صاع آخر قيمته درهمان، فانهما يتشاركان ويباعان اذا تعاسرا، ويقسم الثمن بينهما اثلاثاً، وان أراد قسمة عين الزيت على نسبة القيمة، ففي التذكرة الاقرب عندنا الجواز، لان القسمة ليست بيعاً عندنا ، الى آخر كلامه .

واحتمال كونه رباً لاوجه له بعد ماتحقق في بحث الربا من انه حرم لاجل كونه فساداً للمال ، و ليس هذا مـن باب فساد المال ، وانما خلافه مـن باب فساد المال .

وبذلك يظهر، وجه النظر في كلام الجواهر من احتمال كونه ربا، حيث قال: ويمكن حمل مافي القواعد والارشاد والتذكرة وغيرها من اطلاق الشركة على الوجه الذي ذكرناه، لقاعدة لاضرر، ولا ضرار، وغيرها من الاستصحاب ونحوه ، لأن المراد الشركة حقيقة لعدم الدليل ، والضرر على مالك الجيد مع فرض ارادة المساواة على تقدير التساوي في الكم، ولادليل على الشركة في العين بحسب القيمة على وجه يكون لمالك الجيد في العين أزيد قدراً مما كان له ، بل لعل ظاهر الادلة خلافه ، بـل هو الربا ، بناءاً على عمومه لمثـل ذلك ـ انتهى .

نعم ، قوله في رد المبسوط و من تبعه من منع الاستهلاك الملحق بالتلف الموجب للانتقال في الذمة ، والا كان المساوي كذلك مع ان الشيخ لايقـول به، بل دعوى كون مال المالك مستهلكاً ليس بأولى من القول بأن مال الغاصب مستهلك، فلاشيء له وهو واضح الفساد ، فالتحقيق بقاء مال المالك على ملكه ـ انتهى .

هو الوجه ، وقد أشار الى هذا الرد على الشيخ غير واحد من الفقهاء .

وعلى هذا، فان رضي بالتقسيم كل بحسب ماليته، فهو وان تعاسرا حكم الحاكم، أما بالتقسيم أو بالبيع واعطاء كل بقدر ماليته من الثمن ، والظاهر ان الاجبار على تقسيم العين حسب ماليتهما اقدم من الاجبار على البيع ، لان في البيع

يكون الروح المالي فقط بدون جسم مع ان السلطة على الروح وعلى الجسم معاً ، فيكون في كل طرف كالتقاص القهري .

ومنه يعلم ، ما لو خلطه الغاصب بالاردء ، فان للمالك العين بالزيادة، لانه عين ماله ، ولم يستهلك وردائته لاتسبب الرجوع الى البدل .

كما انه اذا بتر ذنب دابته مثلا، أو فقأ عينه أو نحو ذلك، لايخرج الملك عن ملك مالكه ، وانما له المال مع الارش .

نعم ، اذا كانت الردائة زائدة بحيث يصدق الاستهلاك ، كما لو مزج سمنه العادي بسمن متعفن رديئي جداً حتى لايقال: انه ماله، كان له حق البدل مثلا أو قيمة ، ويقدم المثل على القيمة لما تقدم في القيمي والمثلي .

ومنه يعلم، ان القولين الاخرين في المسألة، أحدهما مافي القواعد قال: وبالاردء يتخير المالك في المثل والعين مع الارش، وهو الذي اختاره التذكرة وجامع المقاصد وتعليق الارشاد والروضة ، والاخر انه يضمن المثل ، وهو خيرة المبسوط والسرائر والارشاد والدروس واللمعة ومجمع البرهان على ما نقله عنهم مفتاح الكرامة ، غير ظاهر الوجه .

وان علل الاول بأنه كالمستهلك، ولذا ينتقل الى البدل ، وعلل الشق الاول في القول الثاني بما تقدم، والشق الثاني بأن حقه لم يسقط بالكلي بفعل الغاصب، مع امكان التوصل الى البعض ، و النقص في الخليط يجب جبره بالارش ، فاللازم اعطائه الارش مع العين، غير ظاهر الوجه :

اذ يرد على القولين ماعرفت بالاضافة الى انه كيف يرد العين مع الارش في القول الاول ، مع ان اللازم رد العين الازيد لا رد العين مع الارش ، لما تقدم في الخلط بالاجود، فانه أقرب الى ماله عرفاً ، وقد تقدم رد اشكال ورود

الربا فيما اذا كانا ربويين .

وكأنه لذا قال في الجواهر: التحقيق بقاء المال على ملك مالكه ويشتركان في قيمته بالنسبة، كما لو اختلط المالان بغير اختيار، وماأدري ماالذي دعاهم الى الفرق بين المزج الغصبي وبين المزج الاتفاقي فتأمل ـ انتهى .

وعلى هذا، فلافرق بين المزج بالمساوي أو الادون أو الاجود في الاشتراك في المال بقدر القيمة على ماذكرنا تفصيله في المزج بالاجود ، هذا ولكن يمكن أن يقال في كلتا الصورتين المزج بالارده والاجود أن للمالك التخيير بين أن يأخذ من العين بالنسبة ، و بين أن يأخذ مثل ماله ، وذلك لان الامر عرفي ، والعرف يرون تخييره ، اذ ربما لاتنفعه العين .

مثلا :له مقدار نصف ماله من الاجود، وله عائلة يريد اطعامهم من المعتاد بقدر ضعف الاجود الذي يعطى له، اذ لاينفعه ذلك الاجود ولايتمكن من تبديله، فله أن يأخذ بمثل ماله من المعتاد بقدر ماكان له ، و قد يكون لايختلف لديه الحال في الاجود الانقص ، والمعتاد الذي امتزج منه .

وكذلك في جانب الارده، فقد يكون له ضيوف لايمكن تقديم غير الاجود اليهم، أو له مرض لايمكن أن يتقوت بغير الاجود، فماذا ينفعه الاكثر المعتاد؟ وهنا يريد مثل ماله ، قد لايهمه ذلك ، فيأخذ الاكثر الارده من ماله ، فاذا قبل بالعين الممزوج فهو، والا فمقتضى الغصب مردود بظاهره، و كذا حتى تؤديه، ان اللازم الاداء بقدر ماأخذ منه كماً وكيفاً ، و هذا هو الذي اختاره المحقق الرشتي في غير المجانس .

قال : ان الحق في غير المجانس هو التخيير بين أخذ المثل والاخذ من

العين ، فيكون شريكاً بناء على ثبوت الشركة في غير المتجانسين ، كما هو الحق في الاقوال المصرح بها في باب الشركة اذا كان المزج حقيقياً اتفاقاً أو اختيارياً، وذلك لان سبب الضمان وهو استهلاك العين موجود، وسبب الشركة أيضاً كذلك ، بناءاً على ماذكر ، ويلزم من اجتماعهما تخيير من له الحق ، اذ لامانع شرعاً وعقلا من التخيير هنا، وقد ذكرناان عدم التخيير في بعض صور تعارض الاسباب مستند الى المانع ، والا فالقاعدة تقتضي ثبوت التخيير من أجل التزاحم بعد فقد الترجيح ، كما في المقام ـ انتهى .

وبذلك يظهر، ان كلا القولين في باب الخلط والمزج بغير الجنس محل تأمل .

قال في الشرائع ممزوجاً مع الجواهر : أما لو خلط بغير جنسه ، كما اذا خلط الزيت بالشيرج ، وخلط دقيق الحنطة بدقيق الشعير لكان مستهلكاً وضمن المثل ، كما صرح به الفاضل والشهيدان و الشيخ فيما حكى عنهم وغيرهم ، بل في الكفاية انه الاشهر ، بل لاأجد فيه خلافاً ، لانه تالف لبطلان فائدته وخاصيته، بخلاف الجيد مع الرديء المتفقين في الجنس، نعم احتمل في التذكرة قوياً ثبوت الشركة ، كما لو مزجاه بالرضا أو امتزجا بأنفسهما ـ انتهى .

ثم انه اذا رضيا في الجيد والرديء مثلا بالعين، لكن لم يعلم ان مال أيهما جيد ، ومال أيهما غير جيد، فمقتضى القاعدة جريان قاعدة العدل ، فاذا احتمل أن يكون مال زيد الجيد بما قيمته على الضعف، أو مال عمرو كذلك نصف ، لانه مقتضى قاعدة العدل .

وكذلك الحال في المتجانسين المتساويين كيفاً اذا علم باختلاف الكم

ولم يعلم ان لايهما الكم الازيد ، مثل ان لم يعلم ان لزيد طنين من الحنطة ولعمرو طناً أوبالعكس ، فانه يقسم الثلاثة الاطنان بينهما لكل نصفها ، من غير فرق في كل ذلك بين أن يكون المزج والخلط باختيارهما ، أوباختيار مختار غيرهما ،أوبدون اختيار اطلاقاً ، أوباختيار الغاصب منهما ، لوحدة الملاك في كل المقامات الاربعة .

(مسألة ـ٢٨ـ) قال في الشرائع ممزوجاً مع الجواهر :لاخلاف في ان فوائد المغصوب مضمونة بالغصب ، وهي مملوكة للمغصوب منه ، لانها نماء ملكه ، وان كان قد تجددت في يد الغاصب أعياناً كانت كاللبن والشعر والولد والثمر ، أومنافع كسكنى الدار وركوب الدابة ، بل الاجماع بقسميه عليه ، بل وعلى عدم الفرق أيضاً في المنافع بين الفوات والتفويت ، وكذا الكلام في منفعة كل ماله اجرة في العادة ، لان المنافع محسوبة أموالا شرعاً ، وقبضها بقبض العين ـ انتهى .

وفي القواعد : والمنافع المباحة مضمونة بالفوات تحت اليد وبالتفويت .

وقال في مفتاح الكرامة : وبالحكمين المذكورين طفحت عباراتهم بعضها في الكتاب ،وبعض في مطاوي كلماتهم في ضمن مسائل اخرى من دون خلاف أصلا .

أقول: وذلك لما ذكره في المسالك وغيره كما تقدم من كون فوائد المغصوب لمالكه ، لانها نماء ملكه ومنافعه ، فتكون مضمونة في يد الغاصب كالاصل ، قال : ولافرق في ثبوت اجرة المنفعة بين أن يستعمل العين وعدمه .

أقول : وذلك لصدق الادلة المتقدمة ، مثل الغصب مردود ، و فوتها المغتصب اعطى العوض ، و على اليد ما أخذت حتى تؤديه ، فان المنفعة أيضاً مغصوبة أوفوتها،ومثل لاتبطل حقوق المسلمين ،الى غير ذلك من الآيات والروايات التي تقدمت في المسائل السابقة .

نعم ، ربما يشكل ذلك في المنافع والاجرة التي لم يفوتها الغاصب ،

وانما كانت تفوت على المالك ، سواء كان بيد الغاصب، أو بيد نفس المالك كما اذا كان للمالك بستان متروك لشأنه سنوات ، حيث لايستنفع بثمرها ، ولايقطع الاعواد والاخشاب منه ، فاذا استولى عليها الغاصب ولم ينتفع بها، بل كانت كالسابق ، وكاللاحق بعد رده الى المالك تتساقط الاثمار وتفسد وتبقى الاخشاب والاعواد والاغصان حتى تتلف ،فالظاهر ان الغاصب لايضمنها لعدم صدق انه فوتها ، أوفاتت تحت يده ، خصوصاً اذا لم يكن للغاصب منع في أن يذهب المالك ويقتطفها ويقطعها للانتفاع بها .

وكذلك حال اجرة الدار المتروكة للمالك منذ سنوات مثلا ، حتى انها اذا كانت بيده أيضاً لم يكن ينتفع بالاجرة ولابالسكنى ونحوهما ، كما اذا كانت داره في غابة منقطعة ،وقد نزح المالك عن تلك الدار الى المدينة ولايمر عليها ولا يؤجرها ، والغاصب لم يستنفع بها بسكنى أو ايجار أونحوهما ، فان الادلة المتقدمة لاتصدق في المنفعة في هذه الصور .

ومن الواضح، ان الاجماع ولاخلاف ، انما يستندان الى الادلة المتقدمة لتصريح جملة من الفقهاء بها، فهي محتملة الاستناد أوظاهره فلايمكن أن يكون مستنداً للكلي الذي ذكروه .

وكذا حال الصوف للحيوان ، حيث انه اذا لم يجز لم يتجدد الصوف، فان المالك اذا لم يكن يجز صوف شاته وغصبها الغاصب ولم يجزه لم يكن وجه للقول بضمانه جزتين وثلاث وأربع وماأشبه .

وهكذا حال ماء البئر مما اذا لم يمتح لم يتجدد، وكان المالك لا يمتحه، وكذلك الغاصب، فانه لايضمن الشيء المقدر بأنه لو كان متح لكان نبع منها كذا من الماء ، الى غير ذلك من الامثلة .

وقد تقدم في بعض المسائل السابقة ان الغصب عرفي ، فاذا لم يصدق عرفاً لم يكن الاحكام الشرعية مترتبة عليه .

وكذا الحال في اجرة الدابة اذا لم تكن تستأجر، حتى اذا كانت بيد المالك والغاصب لم ينتفع بها ، فانه لاوجه لضمانه الاجرة، لانه لم يفوتها ، وقد تقدم مثل هذه المسألة في عمل الحر .

وبذلك يظهر ، وجه النظر في كلام القواعد ، حيث قال : ولو تعدّدت المنافع كالعبد الخياط الحائك لزمه اجرة أعلاها ، ولاتجب اجرة الكل .

ومثله في التذكرة وجامع المقاصد كما حكي، اذ لاوجه لاجرة الاعلى، بل المعيار الاجرة التي فاتت، فاذا كانت الخياطة أعلى، لكن لم تكن الخياطة في هذا الزمان مثلا للحر ونحوه ، فانه لاوجه لضمان الغاصب لاجرة الخياطة.

بل وكذا اذا كان ترك الخياطة ولايريدها حتى اذا كان بيد المالك لم يخط، وهكذا الحال بالنسبة الى اجرتي الدابة وغيرها ، فقوله له : بالاجرة الاعلى غير ظاهر الوجه .

نعم، لاينبغي الاشكال في ضمان الاجرة الاعلى، فيما اذا كان المالك يريد ايجارها بتلك الاجرة ، مما كان ممكناً عرفاً أيضاً ، وميسوراً خارجاً لصدق فوتها ونحوه .

وبذلك يظهر ، وجه النظر في كلمات جملة منهم ، كقول المسالك : ان استعمله في الاعلى ضمنها ، وان استعمله في الوسطى أو الدنيا ، ففي ضمان الاعلى وجهان ، وتبعه صاحب المفاتيح .

وقال في الروضة : ان أمكن فعلها جملة أو فعل أكثر من واحدة وجب

اجرة ماأمكن ، والا فأعلاها اجرة ، ولو كانت الواحدة أعلى منفردة من منافع متعددة يمكن جمعها وجب الاعلى .

وقال في مفتاح الكرامة بعد قول الروضة : وهذا هو الاشبه ، وهو ظاهر جامع المقاصد .

نعم ماذكره الدروس بقوله: لو استعمله بماله اجرة زائدة عن اجرة المثل المطلقة لزمه الزائد، هو مقتضى القاعدة، لان الغاصب انتفع بالعين بقدر ذلك، فلاوجه لضمانه اجرة المثل فقط .

ثم انه ان اختلفت الاجرة في مدة الغصب ، فكانت في اليوم الاول أكثر أو أقل، كان اللازم على الغاصب اعطاء الأجرة بقدر اجرة المثل في كل زمان من أزمنة الغصب .

أما احتمال أن يضمن في كل وقت من أوقات المدة بأجرة مثلها في أول المدة ، فان كانت في الاول أقل ضمنها بالاقل ، و ان كانت فيه أكثر ضمنها بالاكثر، لانه لو كان المال في يده لامكن أن يكريه بها في أول المدة لجميع المدة ، فغير ظاهر الوجه .

ولذا صرح التذكرة في المحكى عنه، وتبعه مفتاح الكرامة بما ذكرناه، ولافرق فيما ذكرناه بين أن يكون المالك كان يؤجر الشيء في أول الوقت أم لا ؟ لان تنظير غير التأجير به مع التفاوت بينهما في الدليل مما لاوجه له .

نعم ، يحتمل ذلك لصدق فوتها المغتصب أعطى العوض، لان المغتصب هو الذي سبب خسارة المالك بهذا المقدار، فالاعتبار انه اذا كان بيد المالك كم كان ينتفع به .

ثم ان الجواهر قال: يلحظ الوسط من كل منفعة الموافق للمعتاد لا النادر، كما انه يلحظ في الدابة و غيرها اجرتها في الوقت المعتاد فعله كالنهار دون الليل ، الا أن يكون له منفعة معتادة في الليل أيضاً ـ انتهى .

لكن يمكن أن يقال: بالنسبة الى النادر والوقت غير المعتاد اذا كان المالك بصدد ذلك ، وكان ميسوراً مما يصدق فوتها كان على الغاصب اعطائها ، لانه هو الذي فوت على المالك المنفعة النادرة و المنفعة غير المعتادة .

أما اذا كان المالك يريد الاستنفاع بها بما يمرضها مثلا بمنفعة أكثر من المنفعة المعتادة ، فالظاهر عدم ضمان الغاصب لتلك المنفعة ، لانها لاتسمى منفعة فوتها .

ولو انعكس بأن استفاد الغاصب منها المنفعة الزائدة الموجبة لمرضها مثلا، فالظاهر وجوب الامرين عليه بدل المنفعة والارش لوجود الدليل في كل واحد منهما .

وكيف كان، فقد ظهر مما تقدم وجه النظر في قول الشرائع: ولو سمنت الدابة في يد الغاصب، أو تعلم المملوك صنعة أو علماً فزادت قيمته ضمن الغاصب تلك الزيادة، فلو هزلت أو نسي الصنعة، أو ما علمه فنقصت القيمة لذلك ضمن الارش وان رد العين، ولو تلفت يضمن قيمة الأصل والزيادة ـ انتهى .

وذلك لانه اذا كانت الزيادة من الغاصب فهي له ، ولا وجه لضمانه ماسعى فيه وزاده ، ولامعنى لما علله في الجواهر وغيره بضمان الزيادة ولو المتجدد منها مما يكون من فعل الغاصب: بأنها أثر تابع لعين المالك ، اذ هذا التعليل لم يظهر من نص ولا اطلاق ، واذا استوفى الغاصب المنفعة ، فان كانت لها

بدل في نظر العرف وجب عليه البدل ، واذا لم يكن لها بدل في نظر العرف لم يكن عمله الا حراماً .

وبهذا يظهر وجه قول الجواهر : اذا لم يكن بالمنفعة اجرة في العادة كالغنم والشجر ونحوهما ، مما لاتستأجر عادة لذلك ، وان قلنا بصحة اجارتها ببعض الانتفاعات ، الا انها ليست أموالا عرفاً ، والاصل البرائة ، بل قد يقال بذلك حتى لو استوفاها ، بأن نشر ثيابه على الشجر مثلا ، أو ربط دابته بأصله ، نعم لو كان قد آجره لذلك كانت الاجرة للمغصوب منه بعد الاجارة ـ انتهى .

فان المنفعة اذا لم تكن مالا عرفاً لم يكن وجه للاجرة ، أما اذا آجرها فقد صارت مالا ويكون عليه الضمان .

ومنه يعلم حكم ما اذا غصب حائطاً ثم جلس في ظله ، فقد يعد ذلك منفعة لها بدلها ، كما في الطرق حيث يبنى الحائط ، أو تنصب الخيمة أو ما أشبه للانتفاع بظلهما ولو خارج الخيمة .

أما اذا لم يعد ذلك منفعة لها مقابل فلا شيء ، وكذلك الاتكاء على الحائط والاستنارة بنور مصباح الغير ونحو ذلك ، وقد ذكرنا طرفاً من الكلام في هذا المبحث في [كتاب احياء الموات] .

(مسألة -٢٩-) قال في الشرائع ممزوجاً مع الجواهر : لو زادت القيمة لزيادة صفة كانت في يد المالك، أو تجددت عند الغاصب ثم زالت تلك الصفة، ثم عادت الصفة بعينها، كما لو كانت كاتباً فنسي ثم تذكر، أو ذا صنعة كذلك عادت القيمة بعودها لم يضمن قيمة الزيادة الثابتة، لانها انجبرت بالثانية فكأنها لم تزل للاصل، وصدق الاداء كما أخذ ، وقاعدة نفي الضرر ، و ان الظالم لا يظلم ، وغير ذلك .

نعم ، لو نقصت الثانية عن قيمة الاولى ضمن التفاوت .

أقول: الظاهر ان المسألة اجماعية لما ذكره مفتاح الكرامة عند قول العلامة: ولا يجبر المتجدد من الصفات ماخالفه من التالف وان تساويا قيمة ـ انتهى . قال : نحوه مافي المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والدروس و جامع المقاصد و غيرها ، وظاهرهم القطع بالانجبار وعدم وجوب الارش فيما لو اتفقا جنساً ، كما لو كان كاتباً أو عالماً أو خياطاً فنسى ثم تذكر اذا لم يفت شيء .

وفي المسالك انه لاشبهة فيه، ومقتضى القاعدة ان الامر كذلك، وان لم يكن تذكراً لما نسى، بل تعليماً من الغاصب اياه، وذلك لصدق ان الغصب مردود، وان مافوتها على المغتصب اعطاه ، فلاحاجة بما ذكروه من كونه كاتباً فنسى ثم تذكر ، فلو رده كاتباً كان رداً للمغصوب ، سواء تذكر أو تعلم ، كما ان مقتضى القاعدة انه لورده كاتباً أحسن كتابة من الكتابة السابقة مما له قيمة زائدة ، فالزيادة للغاصب اذا كان الغاصب هو الذي سبب ذلك .

أما الفرع الثاني في الشرائع من نقص الثاني عن قيمة الاولى، فالحكم كما

ذكره،لان النقص الفائت مضمون على الغاصب،والظاهر ان حال السمن كذلك، فيما اذا كان سميناً فهزل ثم سمن ، و لهذا كان المحكى عـن صريح المبسوط والارشاد ومجمع البرهان، بل وظاهر الشرائع انه يجبر الثاني الاول، وذلك لان الاصل عدم الضمان ولادليل عليه .

بل ظاهر ان الغصب مردود وغيره، ومفهوم فوتها المغتصب اعطى العوض، بل والعرفية التي استندنا اليها في السابق في بعض المسائل السابقة هو عدم الضمان .

ومنه يعلم وجه النظر فيما عن صريح التذكرة و جامع المقاصد و ظاهر الدروس انه لايجبر الثاني الاول، وان استدلوا له بأن الثاني مال متجدد للمالك والاول مال ذاهب، وبالاصل حيث انه بعد الهزال صار الاصل الضمان،اذ لامعنى لكونه مالا متجدداً للمالك .

وقد عرفت سابقاً ان المال المتجدد الذي سببه الغاصب يكون للغاصب ، واذالم يكن مما سببه الغاصب بل كان من الله سبحانه وتعالى محضاً لم يكن على الغاصب أيضاً شيء لصدق انه رده كما كان ومنه يعلم انه لامجال للاصل.

كمامنه يعلم وجه النظر في قول المسالك حيث قال: وان لم يكن العائد نفس الفائت ، كما لو هـزلت الجارية ثم سمنت و عادت القيمة كما كانت ، ففيه قولان :

أحدهما: انه ينجبر أيضاً ويسقط الغرم كما لو ابق العبد فعاد، أوجنى على عين فابيضت ثم زال البياض، وهذا هو الذي يقتضيه اطلاق المصنف ، حيث خص الضمان بصفة غيرها، و ان كان ظاهر قوله : ثم عادت الصفة قد يقتضي

خلاف ذلك، لان السمن الاول غير الثاني ، الا ان الصفة و هي نفس السمن واحدة والثاني، العدم ، لان السمن الثاني غير الاول ، والاول وقع مضموناً، والثاني تجدد هبة من الله تعالى كالاول لو كان متجدداً فلايحصل للغاصب بسببه شيء ، وهذا اظهر ـ انتهى .

كما ان منه يعلم وجه النظر في قول المحقق الرشتي : ان الصفة الثانية ان كانت متجانسة مع الصفة الاولى مع امكان اجتماعهما لاجبر كالسمن ، فان الفائت منه والعائد منه قديجتمعان فيحصل السمن المفرط بهما معاً، لان الفائت في عهدة الغاصب والعائدهبة جديدة، ولايقال عرفاً انه جبر للسمن الاول لعدم استحالة اجتماعهما، الى آخر كلامه .

فان العرف اصدق شاهد على انه جبر للسمن الاول، فكيف يقال انه لايقال عرفاً انه جبر للسمن الاول، و كونهما قديجتمعان أولا يجتمعان ، لاأثر له في نظر العرف حسب ما يستفيد من قوله : لان الغصب كله مردود[1]، وحسب مفهوم (فوتها) .

وكأن المحقق المذكور أخذ التفصيل المزبور من الجواهر حيث قال: كل صفة ذاهبة يمكن تقديرها مع المتجددة، وتزداد القيمة بذلك هي لاتنجبر بالمتجددة، وكل صفة لايمكن تقديرها مع المتجددة، أوأمكن ولكن لاتزيد بها القيمة عن المجددة بل هي هي، أوتنقص لاتضمن وتنجبر بالثانية، وحينئذ فكلا القولين المتقدمين عن المبسوط والتذكرة واتباعهما ، لايخلو من نظر لما عرفت من التفصيل المزبور .

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٠٩ الباب ١ من كتاب الغصب ح ٣ .

ثم الظاهر انه اذا نقصت القيمة بمثل نسيان العبد الكتابة والكلب الصيد وما أشبهـه ، فرده الى المالك مع الارش ، ثم تذكر العبد والحيوان الصفة المنسية ، أخذ الغاصب الارش الذي دفعه ، لان الارش كان كبدل الحيلولة ، وقـد تقدم في بعض المسائل السابقـة ان البدل يعاد الى الغاصب اذا ارتفعت الحيلولة ـ في الجملة ـ .

ولذا قال في الجواهر: بل لايبعـد أن يقال بكون التفاوت لو دفعـه اليه متزلزلا مراعى بعدم العود كالحيلولة، فلو رد العبد الذي نسى الصنعـة ودفع معه الارش، ثم تذكرها وهو في يدالمالك رد الى الغاصب ماأخذ منـه ، فان المدار فيذلك على قاعدة نفي الضرر والضرار التي مقتضاهاماعرفت ـ انتهى.

بل وغير قاعدة نفـي الضرر والضرار أيضاً كما عرفت في بعض المسائل السابقة .

ولذا فاحتمال أن يقال ان التالف مال ذاهب قد ذهب في يد الغاصب وهو مضمونعليه، وماتجدد نماء مالالمالك هبة من الله تعالى شأنه، فلاوجه لجبره الاول، بل يأخذ الارش منه، وان رد العبد اليه ، يدفعه انه ضررعلى الغاصب منفي بالقاعدة المزبورة التي لا ينافيها غصبـه ، فان الظالم لايظلم .

بل يقال : انـه قد ردّ على المغصوب منه، وان كان الردّ بعد مدة، اذ لا فرق في ردّ الشيئين في وقت واحد، أو في وقتين، وأي فرق بين أنيردعليه نصف ملكه، ثم نصف ملكه الاخر، أو ان يرد عليه العين ثم الصفة .

ومنه يعلم انـه لا حق للمالك في طلب الارش اذا استعد الغاصب في أن يرد عليه الصفة ، كما اذا نسى العبد فعلمـه بعد الرد اليه ، أو هزلت الدابـة

فسمنها بعد الردّ اليه .

كما يعلم وجه النظر فيما ذكره التذكرة وتبعـه المحقق الرشتي قائلا : ومن هنا يتجه القول بعدم الجبران اذا عاد في يدالمالك بعد أخذ الارش كما عن التذكرة، وان العائد لما لم‌يكن حقيقة هوالفائت احتاج في الحكم‌بكونه جابـراً الى تنزيل من العرف ، والظاهر عدم‌كون العود في يد المالك مورد التنزيل، بل‌مورداً لجعله موهوباً جديداً وملكاً طريفاً للمالك ـ انتهى .

فانـه لا يشك العرف في انه ليس هبة جديدة ، وانما هو عود الى مـا كان .

نعـم ، قد يكون هبة جديدة كما اذا علم المالك العبد ، أو الكلب الذي نسيه، أوسمنت الدابة بسبب علف المالك لها، فانها ليست هي القديمة .

ومنه يعلم صحة ماذكره في التذكرة من انه اذا مرض عند الغاصب، ثم برء ردّه من غيرشيء .

وان قال في الجواهر : انـه مناف لكلامه السابق في مسألة الانجبار في السمن .

والحاصل: ان حصل صدق الرد ولو تدريجاً لم‌يكن على الغاصب شيء وان لم‌يصدق الرد كان عليه التفاوت، واذا شك في الضمان ، فان كان الاصل عدم الضمان استصحب، والا استصحب الضمان ، لكن اذا كان النقص علـم الكلب كان ذلك على الغاصب بين رده ورجوع علمه اليه .

ولو غصب دابـة فهزلت لكن كانت قيمتها هزيلـة وسمينة واحدة ردّها بدون شيء، كما انها لوسمنت، لكن نقصت قيمتها بسبب السمن كمافي‌الكلب

السلوقي اذا سمن، أوالفرس المعد للسباق اذا سمن، أوماأشبهكان اللازم عليه رده مع التفاوت، فليس المعيار السمن والهزال، وانماالمعيار في نقصالقيمة وعدمه .

وعليه، فلو هزل الحيوان مماسبب زيادة قيمته في مثل الكلب والفرس المذكورين، فالظاهر ان الزيادة للغاصب اذا كان الهزال بسببه، ممايعد داخلا في ان ﴿ليس للانسان الا ماسعى﴾[1] .

وكذلك اذا أزال صبغ الثوب مماسبب زيادة قيمته، أوشذب الشجر، أو بتر العضو الزائد في الحيوان، أو العبدكاليد الزائدة والاصبع الزائدةوالرجل الزائدة ونحوها .

وكذلك الحال اذا أخذ ملوحة الماء مماصار صالحاً للشرب ، فزادت بذلك قيمته .

نعم اذا صار السمن أوالهزال أوماأشبه من قبل الله تعالى من غير سعي الغاصب ، لميكن للغاصب شيء لانه هبة من الله سبحانه وتعالى للمالك ، ومثله الحال في الزيادة المنفصلة، كما اذا حملت الدابة أو الشجرة من غير سعي الغاصب ، فانهما للمالك ، أما اذا كانا من سعي الغاصب، فقد عرفت اشتراكهما في تلك الزيادة في بعض المسائل السابقة .

ثم ان الشرائع قال : أما لوتجددت صفة غيرها مثل ان سمنت فزادت قيمتها، ثم هزلت فنقصتقيمتها، ثم تعلمت صنعة فزادت قيمتها ردها ومانقص بفوات الاولى .

---

(١) سورة النجم : آية / ٣٩ .

وفي الجواهر: بلاخلاف أجده فيه ، بل الاجماع بقسميه عليه ، بل هو مقتضى الضابط الذي ذكرناه ضرورة زيادة القيمة بتقدير السمن الفائت مع الصفة المتجددة، فيضمنه الغاصب الذي قد فات تحت يده ـ انتهى .

لكن قد عرفت ان مقتضى القاعدة ان الزيادة للغاصب و النقيصة عليه ، فلاوجه لكون الزيادة للمالك مع انها ليست سعياً له .

ومنه يعلم وجه النظر فيما ذكره المسالك وتبعه مفتاح الكرامة و الجواهر ايضاً بقوله : فلو كان الكمال من وجه آخر، مثل أن نسي صنعة كانت قيمته معها مائة فصارت الى خمسين، ثم تعلم صنعة اخرى غير الاولى فعادت الى مائة ، رده ورد معه خمسين، ولو تكرر النقصان وكان في كل مرة مغايراً بالنوع للناقص في المرة الاخرى ضمن الكل، كما لو غصب جارية قيمتها مائة، فسمنت وبلغت قيمتها الفاً، وتعلمت صنعة فبلغت الفين، ثم هزلت فنسيت الصنعة فعادت الى مائة، ردها وغرم الفاً وتسعمائة ـ انتهى .

وفيه : ان مقتضى القاعدة ان السمن في الجارية لو كان من الله سبحانه وتعالى لم يضمن نقصه الغاصب اذا هزلت، كما ان تعلم الصنعة اذا كان من الغاصب لم يكن وجه لضمانه اياها لو نسيها.

ومما تقدم يظهر وجه النظر في قول المسالك حيث قال: لو غصب شجرة فتحات ورقها ثم أورقت، أو شاة فجز صوفها ثم نبت يغرم الاول ولا يجبر بالثاني لانه غيره بخلاف ما لو سقط سن الجارية المغصوبة ثم نبت شعرها أو تمعط شعرها ثم نبت فانه يحصل الانجبار، والفرق ان الورق والصوف متقومان فيغرمهما، وسن الجارية وشعرها غير متقومين، وانما يغرم ارش النقص الحاصل بفقدانهما ـ انتهى .

اذ يرد عليه : انه لوكان ايراق الشجرة وانبات الصوف بفعل الغاصب لم يكن وجه في ضمانه، لانه بذلك رد المغصوب كما كان، فلم يكن وجه للارش ونحوه، كما ان الشعر كالسن أيضاً متقوم، فان كان المعيار التقوم فهما فيه سواء، ثم انه اذا انسى الغاصب الجارية صنعة محرمة كالغناء مثلا ممـا نقصت قيمتها لم يكن ضمان، كما تقدم شبه ذلك في ازالة الصنعة المغصوبة المحرمة من الانية والخشب ونحوهما، فان الشارع لم يجعل له مالية.

ثم ان الغاصب اذا أوجب في العبد المغصوب، أو الحيوان مثلا استعداداً للمرض أو للصحة ، فصح أو مرض عند المالك بعد رده اليه عـد مـن سعى الغاصب و مـن اضراره ، فاذا كانت زيادة أو نقيصة كانت لـه أو عليه ، اذ لافرق .

ومما تقدم يعلم، وجه النظر في قول المسالك: لو مرض العبد ـوب ثم برء فزال أثر المرض، ففي جبران الصحة للفائت منها وجهان: الضمان لان الصحة الثانية هي الاولى، وبه قطعت التذكرة والثاني العدم لمنع كونها الاولى، بل يكفي الشك فيستصحب حكم الضمان، وكذا الحكم فيما لورده مريضاً ثم برء وزال الاثر ـ أنتهى .

اذ يرد على الاول: ان لا استصحاب بعد رؤية العرف انه رد الشيء المغصوب فهو من تبدل الموضوع، أما رده مريضاً ثم برء وزال الاثر، فهو على قسمين لانه قد يكون يرى العرف انه رد المغصـوب ، وقد يكون انه يرى عـدم رد المغصوب، ولكل حكمه ففي التمسك بالاستصحاب نظر .

وحيث قد عرفت ان اللازم في رد مثل المريض والمعيوب الارش ، فلا

وجه لاحتمال لزوم اعطاء اجرة الطبيب والدواء على الغاصب، مثلا أخذ الحيوان وامرضه ورده على الغاصب، وكان التفاوت عشرة، لكن المغصوب منه صرف لصحته عشرين أو خمسة، فانه لايتفاوت الحال في ذلك، حيث ان الواجب على الغاصب الارش فقط .

وهل يحق للغاصب أن يقول انا اطيب لك الحيوان ثم أرده، أو أرده ثم أبرئه لك ولا أعطيك الارش؟

أما الاول : فلا ، اذ لايحق له ابقاء الحيوان عند نفسه حتى يبرئه اذا كان المغصوب منه يريده، فان الغصب كما هو حرام ابتداءاً حرام استدامة في كل لحظة ، كما يفهم من دليله .

وأما الثاني : ففيه احتمال ، اذ الواجب على الغاصب رد الغصب كاملا ، والكمال يكون باعطاء الارش تارة ، وتكميل المغصوب اخرى ، فانه وان لم أجد من ذكره ، الا انه مقتضى العرفية .

وقد تقدم ان الشارع أو كل الامر الى العرف ، بل يمكن أن يستدل له بأن الغصب كله مردود،[1] وبفوتها المغتصب اعطى العوض، فان العوض شامل لكلا الامرين .

ثم قال المسالك : لو زادت قيمة الجارية بتعليم صنعة محرمة كالغناء ثم نسيته ، قيل لم يضمن النقصان ، لانه محرم والمضمون الزيادات المحترمة ، وربما احتمل هنا الغرم لان الواجب على الغاصب قيمتها كذلك ، ولهذا لو غصب عبداً مغنياً يغرم تمام قيمته ـ انتهى .

---

(١) الوسائل : ج ٦ ص ٣٦٥ الباب ١ من الأنفال ح ٤ .

لكن الظاهر ، ان احتماله لاوجه له فيما اذا كانت الصنعة محرمة كما هو المفروض ، لا اذا مافرض ان الغناء انما كانت للاعراس، وقلنا : بجواز ذلك حيث لم تكن الصنعة محرمة، وانما نقول بعدم وجه للاحتمال المذكور، لان المحرم يجب ازالته ، فكيف يجوز زيادة القيمة بسببه ؟ مثلا لو كانت الجارية مغنية وتغنى محرماً ، وكان بالامكان انسائها الغناء وجب انسائها ، كما يجب ازالة الصنعة المحرمة .

ولذا ورد ان ثمن الجارية المغنية سحت، [1] فعن محمد بن عثمان العمري عن صاحب الزمان عليه السلام ،اما ما سألت عنه ارشدك الله وثبتك من أمر المنكرين لي (الى ان قال :) وأما ماوصلتنا به فلا قبول عندنا الا لما طاب وطهر، وثمن المغنية حرام. [2]

وعن ابراهيم بن أبي البلاد قال: قلت لابي الحسن الاول عليه السلام : جعلت فداك، ان رجلا من مواليك عنده جوار مغنيات قيمتهن أربعة عشر ألف دينار وقد جعل لك ثلثها؟ فقال : لاحاجة لي فيها، ان ثمن الكلب والمغنية سحت. [3]

وفي رواية اخرى ، عنه قال : أوصى اسحاق بن عمرو بجوار له مغنيات أن تبيعهن وتحمل ثمنهن الى أبي الحسن عليه السلام ، قال ابراهيم : فبعت الجواري بثلثمائة ألف درهم وحملت الثمن اليه فقلت له : ان مولى لك يقال له اسحاق ابن عمرو ، أوصى عند وفاته ببيع جوار له مغنيات وحمل الثمن اليك ، وقد

---

(١) الوسائل : ج ١٢ ص ٦٢ الباب ١ من أبواب ما يكتسب به ح ٢ و ٥ و ٧ .
(٢) الوسائل : ج ١٢ ص ٨٧ الباب ١٦ من أبواب ما يكتسب به ح ٣ .
(٣) الوسائل : ج ١٢ ص ٨٧ الباب ١٦ من أبواب ما يكتسب به ح ٤ .

بعتهن ، وهذا الثمن ثلثمائة ألف درهم ، فقال لي : لاحاجة لى فيه ، ان هـذا سحت وتعليمهن كفر ، والاستماع منهن نفاق ، وثمنهن سحت.[١]

وفي رواية الحسن بن علي الوشا قال: سأل أبو الحسن الرضا عليه السلام ، عن شراء المغنية ؟ قال : قد تكون للرجل الجارية تلهيه ، ومائمنها الا ثمـن كلب، وثمن الكلب سحت ، والسحت في النار.[٢]

وعن الطاطري ، عن أبيه، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سأله رجل عن بيع الجواري المغنيات؟ فقال : شرائهن وبيعهن حرام، وتعليمهن كفر، واستماعهن نفاق.[٣]

وبذلك يظهر ، وجه النظر في كلام الجواهر على المسالك ، حيث أيد الجواهر احتماله المزبور قائلا : قلت : ينبغي الجزم بالاحتمال المزبور ، ولا ينافي ذلك ماسمعته من عبارة القواعد من تقييد المنافع المضمونة بالمباحة ، لان الظاهر ارادة اخراج المنافع المحرمة كالغناء واللعب بآلات اللهو ونحـو ذلك ، مما هو غير زيادة القيمـة بتعلم العلـوم التي استعمالها محرم كالسحـر والموسيقى وغيرهما ، مما يزيد في القيمة معرفته، وان لم يستعمله ولو لانه قد يحتاج على وجه لاحرمة فيه كماهوواضح، اذ لاوضوح فيما ذكره، فان الاحتياج أحياناً قد عرفت الاشكال فيه ، وانه خروج عن الموضـوع ، كما ان مقتضـى النهي ووجوب ازالة المحرم انه لاتزداد قيمته بذلك .

وعليه ، فاذا اغتصب جارية مغنية ، ثم اماتها مثلا ، أو ماتت عنـده ، لم

---

(١) الوسائل : ج ١٢ ص ٨٧ الباب ١٦ من أبواب ما يكتسب به ح ٥ .

(٢) الوسائل : ج ١٢ ص ٨٩ الباب ١٦ من أبواب ما يكتسب به ح ٦ .

(٣) الوسائل : ج ١٢ ص ٨٩ الباب ١٦ من أبواب ما يكتسب به ح ٧ .

يضمن الا القيمة بدون معرفتها الغناء .

ومنه يعلم، وجه النظر فيما تقدم عن المسالك بقوله: ولهذا لوغصب عبداً مغنياً يغرم تمام قيمته، اذ لادليل عليه، فمن اين ذلك حتى يجعل سنداً للاحتمال المزبور .

نعم ، لو غصب كلباً معلماً ، أو حيواناً معلماً قيمته ارتفعت بسبب التعلم، كان اللازم عليه القيمة المرتفعة في الحيوان غير الكلب ، بل لايبعد أن يكون كذلك في الكلب اذا قلنا بأن قيمة الكلب أيضاً هي العرفية ، كما لم نستبعده في [كتاب الديات] فراجع .

وعليه ، فلو غصب حيواناً كالقرد مثلا ، ثم علمه الغاصب شيئاً بما زادت قيمته، فعلى ماذكرناه سابقاً يكون شريكاً مع المالك فيما سعى خلافاً للمشهور كما تقدم كلامهم واشكالنا عليه ، ولو أجبر الغاصب الانسان الذي غصبه على أن يعلم ولده مثلا شيئاً، فالظاهر ان الواجب على الغاصب رده، بالاضافة الى رد الاجرة ، سواء كان ذلك الانسان المغصوب عبداً أو حراً ، لان اجرة الحر أيضاً مردودة اذا استفادها الغاصب كما تقدم .

(مسألة ـ ٣٠ ـ) قال في الشرائـع ممزوجاً مع الجواهر : لايضمن مـن الزيادة المتصلة مالم تزد به القيمة كالسمن المفرط في الحيوان الذي لايـراد فيه ذلك اذا زال، والقيمة على حالها أو زائدة بلاخلاف ولااشكال، اذ المعتبر من هذه الصفات ماله أثر في القيمة دون غيره من غير فرق بين الموجود حال الغصب والمتجدد ، بل قد عرفت ان المدار على قاعدة لاضرر ولاضـرار ، مضافاً الى قاعدة اليد ـ انتهى .

لكن فيه: انه اذا كان صاحب الحيوان يريد اللحم ولايريد القيمة مثلا لحمه مائة مـن وهو محتاج الى مائة مـَن لضيوفه، أما اذا أعطاه القيمة واشترى به الحيوان من السوق كان اللحم خمسين مناً ، فانه لاوجه للقول بعدم الضمان ، وانه يصح له اعطائه القيمة، بل اللازم أن يعطيه ماغصب منه .

وقد تقدم ان الحيوان مثلي ، بل وحتى اذا لم نقل ان الحيوان مثلي، اذ العرف يرون انه لم يرد عليه مااغتصب منه في مثل المقام وكذلك اذا اغتصبه منه ولاقيمة له ، لكن المالك محتاج اليه ، مثلا في منى في أيامنا هذا ، حيث لاقيمة للذبائح اطلاقاً ، اذا ذبح الذبيحة واحتاج الى لحمه لضيافة ونحوها فغصبها منه غاصب .

لايقال: انه لايجب عليه شيء،لان الذبيحة لاقيمة لها، فانه خلاف الغصب مردود وفوتها وماأشبه ، ومثل صحيحة أبي ولاد ونحوها لا تقف دون الغصب كله مردود والعرفية وغيرهما .

ثم لو زاد في مكان من الحيوان ونقص في مكان ، أو مرض مكان منه وابل مكان آخر مريض منه، وكانت الزيادة والابلال بفعل الغاصب مماله ثمر عمله

فالظاهر تدارك الزائد للناقص ، لفرض ان القيمة لم تنقص اذا كانا متساويين فيشمله الغصب كله مردود[1] ، ولمفهوم فوتها المغتصب أعطى العوض ، حيث لم يفوت المغتصب شيئاً بنظر العرف، بل هذا أولى من الارش الذي هو أمر خارجي .

بل لايبعد أن يكون كذلك ، فيما اذا اغتصب قطيعاً يسوى ألفاً ، ثم ان بعض أفراد القطيع هزلت وبعض أفرادها سمنت ، حيث ان القطيع يسوى ألفاً أيضاً فرد القطيع ، وكان السمن أيضاً بفعل الغاصب ، لانه اذا كان بفعل الله سبحانه وتعالى ، فقد تقدم انه لاشأن للغاصب فيه ، أما اذا كان للغاصب فله سعيه .

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٢٠٩ الباب ١ من كتاب الغصب ح ٣ .

(مسألة ـ ٣١ ـ) قال في الشرائع: لايملك المشتري مايقبضه بالبيع الفاسد ويضمنه ، ومايتجدد من منافعه ، ومايزداد من قيمته للزيادة صفة فيه، فان تلف في يده ضمن العين بأعلى القيم من حين قبضه الى حين تلفه، ان لم يكن مثلياً ـ انتهى .

وقال في المسالك: لااشكال في عدم ملك المشتري بشراء فاسد، لان نقل الملك من مالك الى آخر موقوف على أسباب نصبها الشارع وحدود حدها، فمالم يحصل فالملك باق على أصله، وتسميته على تقدير فساد الشراء مشترياً مجاز بحسب الصورة ، والا فالبيع حقيقة لايطلق الا على الصحيح .

وأما كونه مضموناً عليه، فلانه قبضه ليكون مضموناً عليه كذلك، ولعموم على اليد ما أخذت حتى تؤديه، وللقاعدة المشهورة ان ماكان مضموناً بصحيحه يضمن بفاسده ، والبيع لوصح انتقل ضمان المبيع الى المشتري بمعنى كون تلفه من ماله فيكون في فاسده كذلك، الى آخر كلامه .

أقول : أما عدم ملك المشتري فواضح لماذكره، اذ الفاسد لايسبب الانتقال كسائر العقود، فانها اذا كانت فاسدة لاتؤثر أثرها، وكذلك في الايقاعات كالطلاق والعتق الفاسدين ، ولذا ادعى في الجواهر انه لاخلاف ولااشكال فيه .

ومنه يعلم، وجه الضمان لانه مال غيره، ولم يدخل على المجانية حتى يكون مغروراً .

نعم، ضمانه مايتجدد من منافعه، و زيادة الصفة فيه وضمانه بأعلى القيم ، كل ذلك محل نظر، اذ المشتري بالنسبة الى كل ذلك دخل على المجانية لاعلى الضمان، فهو مغرور، فان من يشتري شاة بدينار معناه انه دخل على أن تكون الشاة في قبال الدينار فقط، فاذا زاد سمناً أو صفة، أو ارتفعت القيمة الى دينارين

ثم انخفضت، بل أو لم تنخفض أيضاً ، كان اللازم أن يكون ضامناً بقدر دينار لا الاكثر .

ودليل على اليد[1] مخصص بدليل الغرور،[2] وكون البائع أيضاً جاهلا بالفساد لايوجب ضمان المشتري ، اذ الغار قد يكون جاهلا أيضاً ، كما ذكرناه في بعض المسائل السابقة ، فاذا زعم الغار ان المال مال نفسه ، فقدمه الى المغرور هدية وأتلفه المغرور ، فانه يرجع الى الغار فيما اذا أخذ المالك من المغرور ما أتلفه، لاطلاق دليل الغرور الشامل لصورتي علمي الغار وجهله .

ومنه يعلم، وجه النظر في كلام الجواهر، حيث علل ضمان مايتجدد من منافعه بقوله: لاصالة الضمان المستفاد من عموم على اليد وغيرها، وعلل ضمان مايزداد من قيمته لزيادة صفة فيه بقوله : اذ هو حينئذ كالعين المغصوبة في هذه الاحكام، وعلل الضمان بأعلى القيم بأنه مثل المغصوب الذي عرفت حكمه كذلك عند المصنف وغيره باعتبار ان المالك لم يأذن في قبضه الاعلى تقدير صحة البيع، فبدونه يكون موضوعاً بيده بغير حق ـ انتهى.

فان كل هذه التعليلات لاتلائم دليل الغرور، فانه هو المحكم في المسألة بل يمكن أن يقال في المتجدد من المنفعة، وزيادة القيمة لزيادة الصفة وأعلى القيم كلها مشمولة لما لايضمن بصحيحه لايضمن بفاسده، فان المشتري لا يضمن بهذه الامور، وانما يضمن بأصل العين فيما اذا كانت المعاملة صحيحة فاذا كانت فاسدة أيضاً لم يكن ضامناً لها .

---

(١) المستدرك : ج ٢ ص ٥٠٤ الباب ١ من أبواب الوديعة ح ١٢ .

(٢) المستدرك : ج ٢ ص ٦٠٣ الباب ١ من كتاب العيوب في النكاح ح ٦ .

ومنه يعلم، حال ماانتقل الى البائع من الثمن ، وحال الطرفين في سائـر المعاملات، كالاجارة والصلح والمضاربة والمزارعة والمساقاة ونحوها، لان الملاك في الكل واحد .

وقال في المسالك عند قول الشرائع بالضمان بأعلى القيم: هذا يتم على تفسير الغصب، بانه الاستيلاء على مال الغير بغير حق، أما لواعتبرنا العدوان لم‌يتم كونـه غاصباً، الا بتقدير علمه بالفساد وجهل البائع، اذ مع جهلهما أو جهل المشترى فليست يده يد عدوان ، والوجه حينئذ انـه يضمن القيمـة يوم التلف ان لم‌نقل في الغاصب مطلقاً كذلك، والا كان الحكم فيه كذلك مطلقاً بطريق أولى ـ انتهى .

وأشكل عليه الجواهر بقوله: فيه انه على تقدير العلم ليس بغاصب أيضاً، لما عرفت من ان الظاهر غيره .

أقول: وفيه نظر، بل مقتضى القاعدة ماذكره المسالك، اذعلى تقديرعلمه بالفساد وجهل البائع يكون غاصباً أيضاً، لانه قاهر غيره، فان الغصب انماهو الاستيلاء على مال الغير بغيرحق، فهو كما اذا قدم زيد مالـه لعمرو ، وعمرو يعلم انه مال زيد، وان زيد مشتبه في تقديم ماله اليه، فانه غاصب لماله .

وأما في صورة علم البائـع بالفساد وجهل المشتري، فأولى أن لايضمن المشتري زيادة الصفة وزيادة القيمة، لانه مغرور فهو يرجع الى من‌غره، فلم يعلم وجه جعل الشرائع أعلى القيم على‌المشتري مطلقاً الشاملة لهذه‌الصورة أيضاً، بل‌وكذلك الحال في صورة جهلهما، اذقدسبق ان الغار لايلزم أن‌يكون عالماً، بل اذا صدق الغرور في طرف صدق الغار في طرف آخـر، ويكون الغار ضامناً .

وقدتقدم رواية المحقق الثاني عن النبي ﷺ: المغرور يرجع على من غـره.[1]

وكيف كان، فقد نقل مفتاح الكرامـة عند قول القواعد: أو قبض بالبيع الفاسد، أو السوم على اشكال عن المقدس الاردبيلي التأمل في الضمان قائلا: لان دليلـه القاعدة المشهورة، وهي ان كل مايضمن بصحيحه يضمن بفاسده وبالعكس ، وقال : ان ذلك غيرواضح ، وكذا على اليـد ماأخذت ، ثم ردّ الاردبيلـي بأن القاعدة لا أجد فيها مخالفـاً ، بل يأخذونها بطرفيها في أبواب العقود اللازمة بل الجائزة مسلمة ـ انتهى .

وهو كما ذكره المفتاح، مضافـاً الى ان الدليل على الضمان ليس خاصاً بالقاعدة وعلى اليد، بل قدتقدم جملة من الادلة التي تدل على ذلك .

هذا بالاضافة الى ان جعله التقابل بين قاعدة مايضمن وقاعدة اليد ، غير ظاهر الوجه، بل قاعدة مايضمن مستندة الى قاعدة اليد، اذ معنى القاعدة اثبات الضمان في العقود الفاسدة المقرونة بالقبض والاقباض، وان نسبة الضمان الى العقد الفاسد باعتبار انـه اقدام من المتعاقدين على ضمان العوضين على وجـه لايعد معـه التسليم والتسلم من موانـع تأثير اليد كما أشار الى ذلك المحقق الرشتي وغيره .

وان شئت قلت: ان قاعدة اليد[2] شاملة للمقام، ولامخرج فتؤثر أثرها .

---

(١) المستدرك : ج ١٢ ص ٦٠٣ الباب ١ من أبواب العيوب في النكاح ح ٦ .

(٢) المستدرك : ج ٢ ص ٥٠٤ الباب ١ من أبواب الوديعة ح ١٢ .

(مسألة ـ ٣٢ ـ) قال في الشرائع ممزوجاً مع الجواهر : ولو اشترى من غاصب ولم يجز، بناءاً على جريان الفضولي فيه ضمن العين، والمنافع على حسب ماعرفت ولايرجع على الغاصب بشيء اذا غرم منهما ، ان كان عالماً ضرورة كونه كالغاصب حكماً، اذ لا غرور منه، ولكن للمالك الرجوع على أيهما شاء في المطالبة بالعين ببدلها ومنافعها وصفاتها حتى المتجددة في يد المشتري منها، لان كلا منها مصداق على اليد ماأخذت ، والمغصوب مردود ، وغيرذلك من الادلة كتاباً وسنة واجماعاً بقسميه .

فان رجع على الغاصب بالبدل ، رجع الغاصب على المشتري الذي استقر الضمان عليه بالتلف في يده لعدم الغرور، ولذلك ان رجع المالك عليه أي المشتري لم يرجع على الغاصب بشيء لاستقرار التلف في يده الموجب للرجوع عليه، كما أوضحناه في مسألة تعاقب الايدي ـ انتهى .

أقول: بعد وضوح النظر في قول الجواهر ضرورة كونه كالغاصب حكماً اذ هو غاصب حقيقة لاحكماً، وانه ان أجاز المالك صح البيع بأدلة الفضولية المقررة في محلها، وان المشتري العالم له الرجوع الى الغاصب بالثمن الذي أعطاه، فانه لم يبح له أكله مطلقاً، فأكله له أكل للمال بالباطل، فهو مثل ماذا قامره فقمره فأعطاه مالا ، فان المالك لم يبح لـه أكل المال، ولذا كان أكلا للمال بالباطل .

وكذلك في باب الربا وغير ذلك من الاموال التي تعطي بعنوان الحرام ، حيث ان الملاك في كل هذه الابواب واحد يعرف وجه النظر في كلام المسالك، حيث قال : فان طلب البائع رجع على المشتري بما استقر تلفه تحت يده ،

وبالعين ان كانت باقية، وبدلها ان كانت تالفة باستقرار التلف في يده .

نعم ، لو كان قبل بيعه قد استوفى شيئاً من المنافع، أو مضى زمان يمكن استيفاء شيء منها فيه ،أو نقصت في يده نقصاناً مضموناً اختص بضمانه من غير أن يرجع به على المشتري ابتداءاً أوعوداً ، و ان رجع على المشتري بشيء من ذلك ، لم يرجع على البائع باستقرار التلف ، أو ما في حكمه في يده ، ولا يرجع على البائع بالثمن ان كان تالفاً، لانه قد سلطه عليه واذن له في اتلافه، وان كان في مقابله عوض لم يسلم له ، لانه مع علمه بأنه لم يسلم له العوض في حكم المسلط عليه مجاناً، وللاجماع على ذلك، وان كان الثمن باقياً، ففي رجوعه عليه به قولان :

أحدهما: وهو الاشهر، بل ادعى عليه في التذكرة الاجماع عدم الرجوع ولانه باعطائه اياه عالماً بعدم عوض حقيقي في مقابلته يكون في معنى هبته اياه اذ لا معنى لها الا اعطاء العين من غير عوض، وهو متحقق هنا، وللمصنف في بعض رسائله قول بجواز رجوعه به حينئذ، وهو قوي لعدم وقوع مايدل على التمليك، واصالة بقائه على ملك مالكه، وتسليطه على التصرف فيه غايته انه يمنع الرجوع بعوضه أما مع بقائه فلا .

وان كان جاهلا، فان كانت العين باقية في يده ردها وأخذ الثمن ان كان باقياً، وبدله ان كان تالفاً لظهور فساد العقد الموجب لتراد العوضين ـ انتهى .

اذ لاوجه لعدم الرجوع الى البائع، سواء كان الثمن تالفاً أوباقياً ، بل له الرجوع على البائع بالثمن قبل رجوع المغصوب منه عليه ، فان المال الذي يعطي باطلا، لايكون موجباً لتسليط الاخذ عليه مطلقاً ، الا اذا قصد المجانية

والهبة ، ومن الواضح انه لاقصد كذلك .

أما الاجماع ففيه انه ظاهر الاستناد، فلا حجية فيه في كلتا المسألتين .

ومنه يعلم وجه النظر في دعوى الجواهر الاجماع ، والظاهر انه أخذ ماذكره هنا من المسالك قال : بل لارجوع للمشتري على الغاصب مع علمه حتى بالثمن مع تلفه اجماعاً عقوبة له ـ انتهى .

فانه أي دليل على هذه العقوبة بعد كون مقتضى القاعدة الرجوع قبل التلف وبعده، بل قبل رجوع الغاصب عليه أيضاً كماعرفت، فاذا اشترى شيئاً مغصوباً مع علمه بأنه غصب، أوعلم بعد ذلك انه غصب، والعين في يده كان له الحق في رجوعه الى البائع في الثمن، ولا حق للبائع في استرجاع العين المغصوبة، اذ المشتري بوضع يده على العين المغصوبة صار مكلفاً بارجاعها الى مالكها .

كما يعلم، وجه النظر في تقييد الشرائع بقوله: وان كان المشتري جاهلا بالغصب رجع على البائع بمادفع من الثمن ، وتعليل الجواهر له بقوله : لظهور فساد العقد الموجب لتراد العوضين ـ انتهى .

اذ فيه: ماعرفت من انه لا فرق بين جهل المشتري وعلمه، في ان له الحق في استرجاع ماأعطاه للبائع، سواء رجع عليه المغصوب منه أولا، لان الثمن ثمنه، ولم يسلط البائع عليه مجاناً ، وأكل البائع اياه من الاكل بالباطل فعليه بدله اذا كان تالفاً، وعينه اذا كان باقياً .

ومنه يعلم، انه لايبقى مجال لقول المسالك، وتبعه الجواهر بأنه ان كان عوض العين بقدر الثمن فذاك، وان كان أزيد ، ففي رجوعه على الغاصب

بالزيادة عن الثمن وجهان، من ان الشراء عقد ضمان، وقد شرع فيه على ان يكون العين من ضمانه، وان كان الشراء صحيحاً ، ومن دخوله على أن يكون المجموع في مقابلة الثمن، وهو يقتضي كون الزائد عليه في معنى التبرع به، فاعطائه اياه بغير عوض، فاذا أخذ منه عوضه رجع به، وهذا قوى ـ انتهى .

اذ البيع لم يؤثر شيئاً، بل بقيت العين على ملك المغصوب منه، والثمن على ملك المشتري .

نعم، في صورة جهل المشتري تدخل قاعدة الغرور في المسألة، فلافرق في حق المغصوب منه في عينه أوبدلها، والمشتري في ثمنه أوبدله، بين ارتفاع القيمة وانخفاضها، وبين حصول الزيادة المتصلة أوالمنفصلة وعدمه .

نعم ، اذا زادت العين بسبب عمل المشتري، أو زاد الثمن بسبب عمل البائع كانت الزيادة مشتركة ، لان لكل انسان سعيه ونتيجة ماله، فاذا كانت العين المغصوبة شاة وسمنت بفعل المشتري، كانت الزيادة له ، وكذلك اذا ولدت ، واذا رأى العرف انهما متشاركان في هذه الزيادة، أي صاحب الشاة والمشتري، قسمت الزيادة بينهما على حسب مال هذا وسعي هذا ، فان المال أيضاً كماقرر في محله عمل متراكم، فكان العمل من صاحب الشاة بشاته، ومن المشتري بعمله وسعيه .

وقد تقدمت هذه المسألة في بعض المباحث السابقة ، ولوأتلف المشتري الزيادة كان له الرجوع الى البائع بماأخذ منه المغصوب منه، لانه مغرور ، والمغرور يرجع الى من غرّ .

ومنه يعرف العكس، وهو ماإذا كان المشتري عالماً ، والبائع جاهل ،

وقد زاد الثمن زيادة متصلة أومنفصلة، وأتلفها البائع فأنه لا حق للمشتري في الرجوع على البائع بتلك الزيادة، لان البائع مغرور وقد غره المشتري، بل وكذلك صورة جهلهما معاً ، حيث تقدم ان الغار لايختص بالعالم ، فقاعدة المغرور يرجع على من غرّه تشمل البائع الجاهل بالنسبة الى الزيادة التي أتلفها، وان كان المشتري أيضاً جاهلا .

ولو كان الغار ثالثاً رجع المغرور الى الثالث فيمارجع اليه .

ثم ان الجواهر قال عند قول الشرائع: وان رجع على المشتري لم يرجع على الغاصب لاستقرار التلف في يده ـ انتهى .

نعم، لوكان قبل بيعه قد استوفى شيئاً من المنافع، أو مضى زمان يمكن استيفاء شيء منها فيه، أونقصت في يده نقصاناً مضموناً اختص بضمانه ، من غير أن يرجع به على المشتري ابتداءاً أوعوداً ـ انتهى .

أقول: ما ذكره هو مقتضى القاعدة ، الافي اطلاق قوله أو مضى زمان يمكن استيفاء شيء منها فيه ، اذ مطلقاً ليس ذلك مما يكون ضامناً ، فقد تقدم لزوم صدق على اليد[(١)] والغصب مردود[(٢)] وما أشبه، فاذا لم يصدق لم يضمن ،كما اذا لم تكن للدار اجرة بسبب الكساد مثلا، وكان بامكانه الاستيفاء ولم يستوف، فانه لاوجه لضمانه .

نعم اذا استوفى كان ضامناً ، ولعل الجواهر نظر الى صورة صدق الحق والمال والغصب وما أشبه على المنافع المهدورة، ثم ان الشرائع قال: وللمالك

---

(١) المستدرك : ج ١٢ ص ٥٠٤ الباب ١ من أبواب الصلح ح ١٢ .

(٢) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٠٩ الباب ١ من الأنفال ح ٣ .

مطالبته بالدرك أما مثلا او قيمة، ولايرجع بذلك على الغاصب لانه قبض ذلك مضموناً ، ولو طالب الغاصب بذلك رجع الغاصب على المشتري .

وعلق عليه الجواهر بقوله الذي هو غير مغرور بالنسبة الى ذلك ، ويده يدضمان للشيء مثلا أو قيمة لوفسد البيع بفساد صيغة ونحوها ، كما لا اشكال في عدم رجوعه به، وهذا معنى اقدامه على كون العين مضمونة عليه لاماذكره ـ انتهى .

ويرد عليه ان المشتري لو كان جاهلا صدق عليه الغرور ، فلا شيء عليه الابقدر ما أقدم من الثمن ، سواء كان البائع عالماً أو جاهلا ، لما سبق من ان المغرور لايلزم ان يكون غاره عالماً ، بل وان كان جاهلا ، كما اذا قدم زيد طعام عمرو الى بكر وهو يزعم ان الطعام لنفسه ، فانه اذا رجع عمرو على بكر بقيمة الطعام كان له الحق في الرجوع الى زيد بسبب ماغره .

ولذا قال في محكي الروضة : ان ضمانه للمثل والقيمة أمر زائد على فوات العين الذى قد قدم على ضمانه وهو مغرور من البائع بكون المجموع له بالثمن، فالزائد بمنزلة ما رجع عليه به ، وقد حصل في مقابلته نفع، بل أولى هذا اذا كانت الزيادة على الثمن موجودة حال البيع .

أما لو تجدد بعده فحكمها حكم الثمرة، فيرجع بها أيضاً كغيرها مما حصل له نفع في مقابله على الاقوى لغروره ، ودخوله على ان يكون ذلك لـه بغير عوض .

ومنه يعلم وجه النظر في قول الشرائع حيث تقدم عنه قول : لانه قبض ذلك مضموناً، اذ لم يقبض المشتري الزائد مضموناً،وانما قبض بقدر الثمن مضموناً والكلام في الزائد ، كما ان قول الجواهر المتقدم الذي هو غير مغرور أيضاً

غير ظاهر، حيث انه مغرور كما عرفت ، ولذا كان قول الجواهر في رد الروضة بضرورة كون الاقدام المزبور انما هو على تقدير صحة البيع لامطلقاً ، اذهو معنى كون البيع عقد ضمان كما عرفت، غير ظاهر بعد اطلاق دليل الغرور .

والحاصل: انه مهما تحقق الغرور لم يكن قرار الضمان على المشتري فان رجع على المشتري رجع هو على الغاصب، وان رجع على الغاصب لم يكن له الرجوع على المشتري ، ولذا قال بعد ذلك الشرائع: وما لم يغرمه المشتري من ما لم يحصل له في مقابلته نفع كالنفقة والعمارة فله الرجوع به على البائع.

وعلله الجواهر بقوله : لانه دخل على ان يكون ذلك له بغير غرم ، وانما جاء الضرر من تغرير الغاصب ، ولذا القول في ارش نقصانه وظاهرهم عدم الخلاف فيه معللين له بالغرور الذي هو السبب المقتضى للضمان مقدماً على غيره مما هو أضعف منه ـ انتهى .

فانه لم يظهر وجه الفرق بين المسألتين، اذ الغرور شامل لهما والضمان انما هو الضمان بقدر الثمن لاأزيد ولذا الذي ذكرناه جعل الجواهر المسألتين من باب واحد حيث أشكل في المسألة الثانية بقوله : وهو ان تم اجماعاً فذاك ، والا كان للنظر فيه مجال لايخفى عليك وجهه بعد الاحاطة بما ذكرناه من منع مثله سبباً يقتضي الضمان على وجه يقدم على مباشرة المشتري، مضافاً الى اقتضاء معنى كون البيع عقد ضمان على الوجه الذي ذكرناه ذلك أيضاً ـ انتهى .

ثم انه لافرق فيما ذكرناه من الاحكام بين ما لو كان الغاصب مع علمه بالغصب معتقداً دخول المغصوب في ملكه بسبب الغصب بأن يكون الغصب عنده من المملكات كالدولة التي تأخذ الضرائب الظالمة حيث انها تزعم ان الاموال تصبح ملكها ، وبين ما لم يكن كذلك بأن كان معتقداً عدم دخول

المغصوب في ملكه بسبب الغصب ، وانما علم بانه نوع سرقة واغتصاب من أموال الناس بالاثم .

كما انه لافرق بين كون بيع الغاصب لنفسه كما هو المتعارف في بيع المغصوب غالباً، أو ان يكون البيع للمالك لتوقع الاجازة، فان كلام الاصحاب شامل لكل الصور ، خلافاً للمحقق الرشتي حيث قال : ولعل المراد في كلام الاصحاب ما لو باع لنفسه وباعتبار انه كسائر أمواله لاصورة البيع معترفاً بانه مال الغير، أو البيع نيابة عن المالك، اذ لاوجه لهذا التقييد لاملاكاً ولا استفادة من كلام الاصحاب بعد اطلاقهم ، ومن كل ما تقدم ظهرت حال الصور الاربع للمسألة من علمهما وجهلهما ، وعلم البائع دون المشتري والعكس ، كما انه ظهر ان مقتضى القاعدة الضمان الا فيما أخرجه الغرور .

ولو ادعى البائع على المشتري انه كان عالماً بالغصب فالضمان عليه ، وأنكر المشتري ، كان الاصل عدم ضمانه لاصالة عدم العلم ، وانما عليه الحلف فقط في صورة الدعوى ، وكذلك اذا مات المشتري كان لورثته الحلف على عدم علمهم بعلم مورثهم بذلك .

ثم ان الشرائع قال : أما ما حصل للمشتري في مقابلته نفع كسكنى الدار وثمرة الشجر والصوف واللبن ، فقد قيل يضمنه الغاصب لاغير ، لانه سبب الاتلاف ومباشرة المشتري مع الغرور ضعيفة ، فيكون السبب أقوى كما لو غصب طعاماً وأطعمه المالك ، وقيل له الزام أيهما شاء ، أما الغاصب فلمكان الحيلولة ، وأما المشتري فلمباشرة الاتلاف ، فان رجع على الغاصب رجع على المشتري لاستقرار التلف في يده ، وان رجع على المشتري لم يرجع

على الغاصب ، والاول أشبه ـ انتهى .

لكـن مقتضى القاعدة ان للمالك الرجوع على أيهما شاء باعتبار اطلاق ادلة اليد وغيره، لكن اذا رجع على الغاصب لم يرجع على المشتري المغرور، أما اذا رجع على المشتري رجع على الغاصب الغار، وان كان الغاصب جاهلا أيضاً لما ذكرناه سابقاً من ان الغرور لايلازم العلم .

ولذا أشكل عليه الجواهر بأنه لوقلنا بجواز رجوع المالك على المشتري باعتبار حصول التلف في يده كان له الرجوع على الغاصب للغرور، فانه أقدم على أن تكون هذه المنافع له مجاناً من غير دفع عوض، فهو كما لوقدم اليه طعام الغير و أكله فرجع المالك عليه، لكن لعل خلافهم هنا يؤمى الى عدم تحقق قاعدة الغرور في المقام، والا فلامدخلية لحصول النفع في مقابلته، اذليس هو باعظم من أكل المغرور الطعام الذي قدم اليه، ومع ذلك جزم بكون الضمان أو قراره على الغار ـ انتهى . فانه كما ذكره اذ كلما حصل الغرور كان للمغرور الرجوع الى الغار لورجع المالك عليه من غير فرق بين الصور.

ومنه يعلم وجه النظر فيما ذكره الجواهر أخيراً بقوله: انما المتجه ماذكرناه من منع تحقق الغرور الذي يترتب عليه الضمان، اذ المسلم منه مايترتب فعل الغير على فعله من حيث المجانية ابتداءاً كالاباحة والهبة والعارية ونحوها، بخلاف ترتب فعل المشتري هنا على زعم كونه مالكاً الحاصل من وقوع عقد البيع مع البائع خصوصاً مع جهل البائع بالحال كالمشتري، فتأمل ـ انتهى ، اذ لادليل للفرق بعد حصول الغرور، ولافرق في ذلك بين كل انحاء المعاملات من صلح واجارة وبيع ومزارعة ومساقاة ومشاركة ورهن بشرط التصرف وغيرها .

(مسألة ـ٢٣ـ) قال في الشرائع: اذاغصب حباً فزرعه، أوبيضاً فاستفرخه، قيل : الزرع والفرخ للغاصب ، وقيل: للمغصوب منه وهوأشبه.

أقول : القول الاول: للشيخ في المحكى من غصب الخلاف والمبسوط وابن حمزة في الوسيلة، واستدلوا لهبأن عين المغصوب قدتلف فلايلزم الغاصب سوى قيمتهاأومثلها، بل عن الخلاف انه قال: من يقول ان الفرخ عين البيض وان الزرع هو عين الحب مكابر، بل المعلوم خلافه .

وأماالقول الثاني: فقد قالمفتاح الكرامة عند قول العلامة:(والبذروالبيض اذا زرع أو فرخ فهو للمالك) : اجماعاً فيهما كما في الناصرية و السرائر ، وبلاخلاف كما في الثاني أيضاً، وهوالمذهب كما في الغنية، وهوالمعتمد عندنا كما في التذكرة ، وفتوى من سبق الشيخ كما في الدروس، وعليه الفتوى كما في التنقيح ، وعليه الاكثر كما في جامع المقاصد، وهو خيرة الخلاف في باب الدعوى ، والمبسوط في باب العارية ، وغصب السرائر والشرائع والنافع و كشف الرموز والتذكرة والتحرير والدروس واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة وهو المحكى عن أبي علي قال: ولاترجيح في الكفاية ـ انتهى .

واستدل له في الجواهر تبعاً لغيره، كما تبعه غيره باستصحاب الملك لهما وان تغيرت الصورة التي ليست عنوان الملكية، ولذا لااشكال في بقائهما على الملك لو فرض استحالتهما الى ذلك من دون غصب ضرورة كون الاستحالة بالنسبة الى ذلك كتغيير صفات الشيء من السمن ونحوه، بل من القطعيات عندهم عدم خروج الثوب مثلا عن الملك بقطع الغاصب له قطعاً متعددة ، حتى قيل ان الشيخ نفسه من المصرحين بذلك مع انـه أولى بصدق اسم التلف عليه ـ انتهى .

لكن قدعرفت في بعض المسائل السابقة ان مقتضى القاعدة اشتراك الغاصب مع المالك فيما اذا زادت القيمة، لان الشيء من سعى هذا وأصل ذاك، فلاوجه لاستبداد أحدهما به، وقد تقدمت هناك بعض الروايات الدالة على ذلك فلاداعي الى تكرارها.

نعم، لولم ترتفع القيمة كان مقتضى القاعدة ان الكل للمالك، فهو كما اذا غسل الثوب الغاصب بما لم يسبب ارتفاع قيمة الثوب، وقد ذكرنا مثل ذلك أيضاً في مثل النطفة اذا غصبها الغاصب مجففة أو طرية وجعلها في رحم حيوانه، أو كان الحيوان للمالك واحبله الغاصب ، وكذلك في الطين اذا صنعه فخاراً أو آجراً، أوبنى بآلات المغصوب منه داراً في أرضه أو أرض الغاصب، الى غير ذلك من الأمثلة .

فان في الكل الزيادة للغاصب اذا زاد، لانه سعيه والنقيصة عليه، وعدم الزيادة وعدم النقيصة يستوجب الرد على المالك .

و بذلك يظهر انه لاوجه لقول مفتاح الكرامة ، و ان كان المشهور بينهم ذلك على ماتقدم، انه لايصح الاستشهاد لكلام الشيخ، بأن نماء نطفة الفحل اذا غصبه و انزاه على شاته و فرسه للمالك لان النطفة لاقيمة لها ، اذ قد عرفت ان النطفة لها قيمة عرفية، وان مقتضى القاعدة الاشتراك كل بقدر حقه عرفاً، الا أن يكون دليل على خلاف ذلك .

نعم اذا غصب حباً أو بيضاً فزرع أو استفرخ بدون مدخلية الغاصب في ذلك لم يكن له شيء ،كما ان المالك اذا زرعه أو استفرخه كان الكل له .

ثم قال الشرائع :ولو غصب عصيراً فصار خمراً ثم صار خلا كان للمالك ، ولو نقصت قيمة الخل عن قيمة العصير ضمن الارش، وبذلك صرح غير واحد.

بل في مفتاح الكرامة صرح الاصحاب به كالشيخ وابن ادريس ومن تأخر عنهما، وهو مقتضى القاعدة لماذكرناه في بعض المسائل السابقة من ان العصير الذي يصير خمراً ثم يرجع خلا وكذلك غير العصير ، هذه الخمر لاتخرج عن ملك المالك بسبب الانقلاب الى الخمر ، اذ الادلة لاتشمل مثل ذلـك ، وان كان المشهور يقولون به .

وعليه فالملك للمالك من الاول الى الاخير لأنه يخرج عن ملكه ثم يدخل في ملكه ، حتى يقال : انه اذا خرج عن ملكه فلا دليل على عوده الى ملكه .

وعليه فلا فرق بين أن يدفع الغاصب بدله الى المالك في حال خمريته، وعدم دفع بدله اذا كان دفع البدل على وجه الحيلولة .

ومنه يعلم وجه النظر في قول الجواهر اشكالا على المشهور الذين أفتـوا ببقائه على ملك المالك (قلت : ان تم الاجماع في ذلك كله ، والا فلايخلـو من اشكال ضرورة انه بصيرورته خمراً خرج عن ملك المالك وصار في ذمـة الغاصب المثل لانه تلف أوبمنزلته، فاذا صار خلا لادليل على عوده الى ملك المالك ، بل يمكن أن يكون من المباح يملكه من يسبق اليه ، أو يكون هـو في يده اولى به .

وعلى كل حال فلا دليل على عوده الى ملك المالك ـ انتهى .

وفي كلام القواعد حيث قال: ولو غصب عصيراً فصارخمراً ضمن المثل وفي وجوب الدفع اشكال ، فان أوجبناه فصارخلا في يد المالك، ففي وجوب رد المثل اشكال، فان صارخلا في يد الغاصب رده مع ارش النقصان ان قصرت قيمة الخل ، ولو غصب خمراً فتخللت في يده حكم بها للغاصب ، ويحتمـل للمالك ـ انتهى .

قال في مفتاح الكرامة عند قوله: وفي وجوب الدفع اشكال في الدروس ان وجوب دفع الخمر أيضاً أقرب ، وفي المسالك انه أقوى ، وفي جامع المقاصد ان فيه قوةلبقاء الاولوية لامكان ارادة التخليل، ومن ثم عاد ملكه اليها قبل دفع البدل ، وذلك ان لم يعلم من حاله انه يتخذها للشرب لزوال حقه حينئذ ومعاونته على الاثم ، ووجه العدم انه خرج عن الملك ، فان المسلم لا يملك الخمر ، ومن ثم وجب البدل تاماً وهو أقوى ولا ترجيح في الايضاح، وفي التذكرة يجوز أن يأخذها المالك ليمسكهاحتى تتخلل ـ انتهى .

فان مقتضى القاعدة هو ماذكره الشهيدان والمحقق الثاني، حيث ان هذه خمر محترمة ، أما ارادة المالك أخذها للشرب حراماً فذلك مسألة اخرى ، حيث يجب الحيلولة بينه وبين العمل المحرم كما في كل عمل من هذا القبيل فاذا أراد أن يسترجع سكينه ليقتل به انساناً، أويسترجع غلامه ليفعل به حراماً أوماأشبه لم‌يجز أعطائه له لامن باب انه ليس ملكاً له، وانما من باب الحيلولة دون وقوع المنكر .

وكذلك الحال‌فيما اذا غصب‌منه خمراً قابلة للخل، فان هذه خمر محترمة وجب عليه رده اليه ، فلا فرق بين أن يغصب منه خلا ثم يتخمر ، أويغصب منه خمراً قابلة للخل .

ومنه يعلم وجه النظر في قول مفتاح الكرامة حيث قال : فان مانحن فيه يخالف ما اذا غصبه خمراً غير محترمة فتخللت في يده ، فانه لايجب عليه رد الخل لان العصير كان مملوكاً لمن هو في يده ، وانماطرء عليه مانع الملك فيزول بزواله بخلاف الخمر ، فانها لم تكن مملوكة له بوجه وانتزاعه من يده غير مضمون ، بل ولايسمى غصباً وتخللها أحدث ملكاً جديداً لمن هي في‌يده

ان نوى بابقائها في يده التخليل ـ انتهى . اذ لاوجه للقول بزوال احترام الخمر القابلة للتخليل .

كما يعلم وجه احتمال القواعد في قوله المتقدم: ولو غصب خمراً فتخللت في يده حكم بها للغاصب ويحتمل المالك ، ولعله مراد الايضاح حيث وجه احتمال المالك بقوله بثبوت الاولوية للمالك باليد بالتخليل ، اذ قد عرفت انه لاوجه للخروج عن الملك حتى يقال ببقاء الاولوية .

نعم على مذاقهم حيث ليس بملك تبقى الاولوية ، والظاهر انه لامدخلية للنية أي نية المالك ابقائها في يده للتخليل والعدم، اذ النية لاتجعل غير الملك ملكاً أو الملك غير ملك .

ومنه يعلم النظر في تعليقهم الامر على النية ، فقد قال في مفتاح الكرامة : الاولى بالعلامة وبولده أن يختارا وجوب الرد للمالك لمكان سلطانه الثابت عليها ، لكونها مستحقة لمن كانت في يده بهذه النية ، وقد نفى فيها الخلاف عن وجوب الرد للمالك في الخلاف وهو كالاجماع، أو ابلغ لان مراده نفيه بين المسلمين .

وقال في التذكرة : انه مذهبنا وهو خيرة المبسوط والسرائر وجامع المقاصد والمسالك ، الى آخر كلامه .

وكيف كان ، فقد ظهر مماتقدم انه لوغصب بذراً فزرعه في أرض انسان آخر وسقاه انسان آخر، كان الحاصل مشتركاً بين الاربعة: المالك والغاصب والساقي وصاحب الارض لمدخلية الكل في ذلك ، وكذلك اذا غصب بيضاً فاستفرخه تحت دجاجة انسان آخر ، أو عملها فرخاً في ماكنة انسان آخر ، فان الفرخ يكون مشتركاً بين الثلاثة كل بقدر حقه .

(مسألة ـ ٣٤ ـ) قال في الشرائع : لو غصب أرضاً فزرعها أو غرسها ، فالزرع ونمائه للزارع ـ انتهى .

وقال في المسالك : اذا زرع الغاصب الارض المغصوبة أو غرس فيها غراساً ، فنمائه له تبعاً للاصول ولا يملكه المالك على أصح القولين.

وقال ابن الجنيد : يتخير المغصوب منه بين أن يدفع الى الغاصب نفقته عن العين التي يحدثها ويأخذها ، وبين أن يتركها له ، واستند في ذلك الى رواية رواها عن النبي ﷺ : من زرع في أرض قوم بغير اذنهم فله نفقته ، وليس له من الزرع شيء[1] والرواية لم تثبت صحتها ، وتملك مال الغير بغير اذنه يتوقف على دليل ناقل عن حكم الاصل ، وعموم لايحل مال امرء مسلم الا عن طيب نفس منه[2].

نعم ، لمالك الارض ازالة الغرس والزرع ، وان لم يبلغ أو انه ولم ينتفع بـه بأن يكلفه القلع أو يقلعه بنفسه مع امتناعه لقوله ﷺ : ليس لعرق ظالم حق،[3] الى آخر كلامه .

أقول : مقتضى القاعدة مع الغض عن قول الجواهر بلا خلاف أجده فيه بل في التنقيح ان عليه عقد الاجماع اليوم ، قلت : واليوم بل وقبل اليومين، اذ لم نجد مخالفاً في ذلك منا .. الخ .

انه حيث ان الغرس يشترك فيها الاثنان صاحب الارض وصاحب البذر

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣١٠ الباب ٢ من أبواب الغصب ح ١ .

(٢) الوسائل : ج ١٩ ص ٣ الباب ٣ من أبواب القصاص ح ٣ .

(٣) الوسائل : ج ١٧ ص ٣١١ الباب ٣ من أبواب الغصب ح ٢ .

الغاصب الزارع يكون ملكاً لهمالا لاحدهما ، كل بقدر حقهالعرفي ، كما ان هناك اذا كان ثالث سقى كان شريكاً أيضاً ، وكذلك اذا كان رابع ، بأن كان من أحدهم البذر ، ومن الاخر الارض ، ومن ثالث السقي ، ومن رابع العمل كما ذكروا في [كتاب المزارعة والمساقاة] .

وعليه فمالك الارض مخير بين أحد أمرين :

الاول : أن يقول : الشجر والغرس لك وأعطني كرائي .

والثاني : أن يقول : الشجر لي وأعطيك قدر حقك ، وهو مع كونه مقتضى القاعدة لانه العرفي في امثال المقام ، ورد عليه روايتان الجمع بينهما يقتضي ذلك .

ففي خبر عقبة بن خالد سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أتى أرض رجل فزرعها بغير اذنه ، حتى اذا بلغ الزرع جاء صاحب الارض فقال : زرعت بغير اذني فزرعك لي وعلي ما انفقت، أله ذلك أم لا؟ فقال عليه السلام : للزارع زرعه ولصاحب الارض كراء أرضه.(١)

قال في الجواهر : ونحوه موثق سماعة ، بل وموثق آخر .

والرواية الثانية هي الموثق في رجل أكترى داراً وفيها بستان، فزرع في البستان وغرس نخلا وأشجاراً وفواكه وغير ذلك ، ولم يستأمر صاحب الدار في ذلك ؟ فقال عليه السلام : عليه الكراء ويقوم صاحب الدار الغرس والزرع قيمة عدل ويعطيها الغارس، وان كان استأمره فعليه الكراء وله الغرس والزرع يقلعه، ويذهب به حيث شاء.(٢)

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣١٠ الباب ٢ من كتاب الغصب ح ١ .

(٢) الوسائل : ج ١٧ ص ٣١٠ الباب ٢ من كتاب الغصب ح ٢ .

ومنه يعلم ان رد الجواهر لهذا الخبر بقوله : انـّه خبر متحد قـد أعرض عنهالاصحاب، فلايصلح الخروج به عنالعمومات فضلا عنالادلةالسابقة، غير ظاهر الوجه خصوصاً والاجماع ان كان فهو ظاهر الاستناد لامحتملـه ، كمـا يظهر من كلماتهم في الاستناد الى ماذكروه .

بل وقد صرح الجواهر بهذا الاستناد حيث قال : بعد خبر عقبة هو على وفق اصول المذهب وقواعده ضرورة كون الزرع والغرس ملك الغاصب ، والارض انما هي من المعدات كالماء والهواء ونحوهما ـ انتهى . اذ لم يعلم وجه هذهالضرورة ، مع ان العرف يرون ان الغرس حيث انه نتيجة الارض والبذر ملك لهما .

وقوله : الارض انما هي من المعدات كالماء والهواء غير ظاهر الوجه، فانه عرفاً فرقبين الهواء والماء، فالهواء معد، أما الماء والارضفهما يصبحان جزءاً من الشجر والغرس ، اذ الشجر والغرس لايأتي اعتباطاً ، وانما من الماء والارض والبذر .

وقد تقدم في كلام المسالك ان النماء للغاصب انماهو أصح القولين مما يظهر منه انه لااجماع في المسألة، فالتمسك بالاجماع كبرى وصغرى فيقبال العرف وفي قبال الرواية المقتضية للجمعالذي ذكرناه غير ظاهر الوجه، كما انه يؤيد ماذكرناه الرواية التي رواها ابن الجنيد عن النبي ﷺ ، ولم يعلـم انه من طرق العامة ، ولذا تقدم في المسالك انه لم تثبت صحتها ، حيث انّ السند غير ظاهر بضميمةانا نعلم ان هناك كانت روايات بأيدي أولئك لم تصل الينا كما ان هناك رواية تأتي في بعض المباحث الاتية .

ويؤيد ماذكرناه روايتان ذكرناهماسابقاً عن هارون بنحمزة قال: سألت

أباعبدالله عليه السلام عن الرجل يشتري النخل يقطعه للجذوع ، فيغيب الرجل فيدع النخل كهيئته لم يقطع، فيقدم الرجل وقد حمل النخل ؟ فقال عليه السلام: له الحمل يصنع به ماشاء الا أن يكون صاحب النخل كان يسقيه ويقوم عليه.(١)

وفي رواية اخرى له، عن الصادق عليه السلام الرجل يشتري النخل ليقطعه للجذوع، فيدعه فيحمل النخل ؟ قال: هو له الا أن يكون صاحب الارض ساقاه وقام عليه، وشرط السقي انما هو لانه اذا لم يسق لم يكن نمو من الارض وماء المالك ، بل الكامن في ذات الشجر ظهر، أما اذا سقى فانه يكون النمو من الارض وماء المالك ، ولذا فهما شريكان.(٢)

وبذلك يظهر انه لايمكن اسقاط قول أبي علي من ان لصاحب الارض أن يرد ماخسره الزارع ويملك الزرع على اطلاقه، وانما يلزم تقييده بما ذكرناه من التخيير، بل في مفتاح الكرامة قوى جماعة في مسألة الصبغ قول أبي علي كالمصنف في المختلف ، والفاضل المقداد والاستاذ وابن اخته، ونحن أيدناه.

ولكن هنا في المختلف خالف أباعلي واستدل على خلافه، بأنه عين ماله فلاينتقل عنه الا برضاه ، ولعل فرقه بين المقامين ان الصبغ أمّا أن لايمكن التخلص منه الا بذلك ، حيث لايمكن فصل الصبغ ، أو لايحصل منه شيء ، وأمّا أن يحصل التخلص بدون ذلك والزرع والشجر ليس كذلك ، فتأمّل . فكأن ذلك كله لايعارض أدلة الاصحاب ـ انتهى .

بل في الجواهر تعجب الفاضل في المختلف من مخالفة الشيخ لابن الجنيد في الصبغ، مع قوله في المستعير للغرس بوجوب الاجابة عليه لو بذل صاحب

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ١٧ الباب ٩ من بيع الثمار ح ١ .
(٢) المصدر ح ٢ .

الارض قيمة الغرس ـ انتهى .

وكيف كان، فمقتضى القاعدة ماعرفت من الجمع بين الادلة مما لم يظهر الاجماع على خلافه، ولادليل معتد به على الخلاف، هذا مقتضى الصناعة وان كانت مخالفة الاصحاب محل نظر ، فتأمل .

ثم قال الشرائع: وعليه اجرة الارض، وازالة زرعه وغرسه، وطم الحفر وارش الارض ان نقصت .

وفي القواعد: وعليه اجرة الارض وطم الحفر والارش .

وعلق عليه في مفتاح الكرامة بأنه صرح بالاول والاخير في المبسوط و الوسيلة والغنية والسرائر والنافع والتحرير والارشاد والتبصرة والدروس وغيرها .

وفي الجواهر انه لاخلاف ولااشكال في ذلك كله، واستدل له بمارواه عبدالعزيز بن محمد قال: سمعت أباعبدالله عليه السلام يقول: من أخذ أرضاً بغيرحقها أوبنى فيها قال: يرفع بنائه ويسلم التربة الى صاحبها، ليس لعرق ظالم حق ، ثم قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: من أخذ أرضاً بغير حقها كلف أن يحمل ترابها الى المحشر.[1]

أقول: اما اجرة الارض فواضح لانه استوفاها بالبناء والزرع والغرس وماأشبه، لكن ذلك اذا كان له اجرة، اما اذا غرس شجرة في بستان انسان مثلا مما لااجرة له عرفاً فلااجرة عليه، اذ الدليل هي الادلة العامة مثل: لايتوي[2]،

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ٢٨٣ الباب ٣٣ من كتاب الأجارة ح ٣ .
(٢) المستدرك : ج ٣ ص ٢١٥ الباب ٦ من أبواب الشهادات .

ولايبطل حقوق المسلمين[1] وماأشبه مماتقدم جملة منها، واما الازالة فلان الابقاء غصب، وقدعرفت ان الغصب كله مردود .

ومنه يعلم وجـه طم الحفر وارش الارض ان نقصت ، لان ذلك مقتضى الرد كماأخذ .

نعم، يبقى الكلام في وجوب الازالة فهل هي مطلقاً سواء تضرر الغاصب أو لم يتضرر، أوخاص بصورة عدم تضرره فيما كان الغاصب جاهلا؟ ظاهرهم الاطلاق، لكن لايبعد التقييد فان دليل لاضرر محكم على الادلة الاولية، واذا قلنا بالتقييد كان لاضرر مقيداً لخبر عبدالعزيز السابق فتأمل .

وكيف كان، فقد قال الشرائع: ولوبذل صاحب الارض قيمة الغرس لم يجب على الغاصب اجابته، وكذا لوبذل الغاصب لم يجب على صاحب الارض قبوله ولو هبة ـ انتهى .

ومثلـه في القواعد حيث قال : ولوبذل صاحب الغرس قيمة الارض أو بالعكس لم يجب القبول .

وعلق عليه مفتاح الكرامة بقوله: بعوض أوغيره كالهبة .

أقول: وذلك لانه مقتضى الناس مسلطون على أموالهم وأنفسهم، فلا حق لانسان ان يأخذ مال انسان آخر بعوض كما لا حق لانسان أن يدخل في ملك انسان شيئاً بالهبة، لانـه عبارة عن تسلطه على غيره وهو خلاف مقتضى تسلط الناس على أموالهم وانفسهم، فلاحق لاحدهما في جبر الاخر ببيع الشجر أو بيع الارض .

---

(١) الوسائل : ج ١٤ ص ٢١٠ الباب ٦ من أبواب عقد النكاح .

نعم ، قد عرفت ان مقتضى القاعدة التخيير بين أن يقول المالك الشجر لك وأعطني كرائي، أوالشجر لي وأعطيك استحقاقك ، لانــه مقتضى الجمع بين الدليلين، وان كانت المسألة مشكلة وبحاجة الى التأمل والتتبع .

ثم قال الشرائع: ولو حفر الغاصب في الارض بئراً كان عليه طمها وهل له طمها مع كراهية المالك؟ قيل: نعم تحفظاً من درك التردي، ولوقيل للمالك منعه كان حسناً، والضمان يسقط عنه برضى المالك باستبقائها .

وفي مفتاح الكرامة عند قول العلامة : ولو حفر بئراً فلـه طمها، الا ّ أن ينهاه المالك فيزول ضمان التردي، قال: كمافي السرائر والتحرير والمختلف والدروس وجامع المقاصد وغيرها، وفي المبسوط والغنية : لـه طمها ، نهاه المالك أم لم ينهه، رضى المالك أم لم يرض .

وقال في المبسوط : لانه حفر في ملك غيره فلايأمن أن يقع فيها انسان أوبهيمة، فيلزمه الضمان، هذا اذا لم يبرئه المالك من ذلك، فان برئه فقولان ، والصحيح انه يبرء .

وقال في ديات المبسوط : انه لوحفر بئراً عدوانـاً في ملك غيره ، ثم ان المالك رضى ببقائها بعد الحفر العدواني سقط الضمان ، وبه صرح في ديات الكتاب والشرائع والتحرير والارشاد، وهو يوافق ماهنا الى آخر كلام مفتاح الكرامة .

أقول: أما أصل الطم فلانه مقتضى ارجاع المغصوب كماغصبه .

نعم يأتي هنا أيضاً ماتقدم من انه لوتضرر الغاصب الجاهل بذلك، فدليل لاضرر يمكن أن يكون محكماً على الادلـة الاولية ، ويكون الغاصب شريكاً مع المغصوب منه، كماتقدم مثله في صياغة الاواني وصنع الباب من خشب

الغير، وصبغ الثوب وخياطته، وغيرذلك من الامثلة، لان الكل من بابواحد والملاك في الجميع هو دليل رد الغصب وعدم الضرر، وان للانسان سعيه .

أمابالنسبةالى انههل لهطمها مع كراهية المالك؟ فالظاهر ان مقتضىالقاعدة ان ليس له ذلك، لانه تصرف في ملك الغير بغير اذنه، وما ذكرفي وجه (نعم) من انه تحفظ من درك التردي، بالاضافة الى انهليس مطلقاً، فيكون الدليل أخص من المدعى انه لاوجه له، اذأي فرق بين أن يطلب المالك انساناً لحفر بئر في داره أو ارضه، وبينأ ن يحفرعدواناً ثم يرضى المالك بذلك، فكمالاضمانفي الاول في صورة التردي لاضمان في الثانى .

نعم مقتضى القاعدة انه لواحتمل احتمالا عقلائياً بالتردى، لم يجزله حتى حفر البئر في ملك الغير مع طلب ذلك الغير الحفر، لانه يكون سبباًعرفاً، كما اذا طلبهالمالك وقال احفرفيأرضي بئراً،والارض كانتغيرمسورة وكانتمعبراً للناس، ممايعلم انهلوحفر بئراً هناك كان معرضاًلسقوط المارة،فان طلب المالك لايوجب برائته ، حيث انـه يعد سبباً ، أما اذا طلبه ليحفر بئراً في داره مـع احتماله أنيسقط فيها ولده مثلا أو بعض ضيوفه ، لم يكن عليه شيء ، لانه فـي مثل ذلكلايعد سبباً .

ومنهيعلم وجهالنظر في القول الاخر، وفيقولالجواهرحيثقال :الاحسن من اختيار الشرائع هو القول بأن له منعه و ان بقيالضمان عليه ، لما عرفت خصوصاً بعد ما سمعت سابقاً من النظر فى أعتبارالعدوان في الضمان بذلك ، لاطلاق الادلة الذي لاينافيه الضمان خصوصاً مع ابتداء الحفر على العدوانية، كما في المقام الذي لايدفع السببية الشرعية الرضى المتأخر مـع التصريح ،

فضلا عن مجرد الكراهة للطم التي لاتنافي ارادة البقاء على الضمان مع ذلك .

ومن هنا لاوجه للقول بأن حصول الضمان لتعديه بالحفر والابراء لايزيله، لان الماضي لايمكن تغييره عن الصفة التي وقع عليها ، ولان الضمان ليس هنا للمالك فلايصح الابراء منه ، ولانه ابراء مما لايجب فلايصح ـ انتهى. اذ بعد تسليم الامر الى المالك لايكون الحافر ضامناً كما في الحفر الابتدائي برضى المالك ، فلامجال للاستصحاب .

وبذلك يظهر ان الماضي يتغير برضى المالك، وكون الضمان ليس للمالك مدفوع بأنه سبب بعد رضاه ، فلايكون الحافر سبباً ، وليس المقام من ابراء مالايجب حتى يمنع .

ولذا قال في المسالك: والاقوى مااختاره المصنف من عدم جواز طمها مع نهي المالك ، بل ولايجوز بدون اذنه لانه تصرف في مال الغير عدواناً ، ودرك التردي يزول بنهي المالك له عن طمها لسقوط العدوان بذلك، وحينئذ فيستأذن المالك في الطم فان اذن له فعل وزال الدرك ، وان نهاه زال المانع ـ انتهى .

ثم انه ان تعذر استيذان المالك لغيبة ونحوها، فاللازم الرجوع الى الحاكم الشرعي لانه ولي الغائب ، أما أن يتصرف في الارض بالطم بنفسه فذلك غير جائز .

ومنه يعلم ان قول المسالك ولو تعذر استيذان المالك لغيبة ونحوها جاز له طمها تحرزاً من الدرك المذكور ، محل نظر الا اذا لم يمكن الوصول الى الحاكم ووكيله وعدول المؤمنين، فانه يجوز له ذلك من باب الحسبة ونحوها،

ثم الظاهر انه ليس للمالك سلطنة على اجبار الغاصب بأعطائه اجرة الطم لو كان له اجرة، لان الواجب على الغاصب اعادة المغصوب ورده ، لااجرة الرد كما ذكر ذلك المحقق الرشتي .

كما ان الظاهر انه ليس للمغصوب منه اجبار الغاصب ، بان يكون الذي يطم زيداً لاعمراً وهوبنفسه لاغيره، اذ الواجب هوالرد الصادق على كليهما، فلاحق له في الاختيار، ولو لم يستعد الغاصب على الطم كان للمالك أن يطم بنفسه أو بأجير بعد الرجوع الى الحاكم في أخذ الاجرة من الغاصب ، لان الحاكم ولي الممتنع لا المغصوب منه .

نعم اذا لم يمكن الحاكم ونحوه ، كان له أن يطم وله الاجرة من باب التقاص ونحوه .

(مسألة ـ ٣٥ ـ) قال في الشرائع : اذا حصلت دابة في دار لاتخرج الا بهدم ، فان كان حصولها بسبب من صاحب الدار ألزم بالهدم والاخراج ، ولاضمان على صاحب الدابة وان كان من صاحب الدابة ضمن الهدم ، وكذا ان لم يكن من أحدهما تفريط ضمن صاحب الدابة الهدم ، لانّه لمصلحته ـ انتهى .

أقول : صور المسألة خمس ، لانه أما أن يكون بسبب صاحب الدار ، سواء أدخلها بنفسه أو بتفريطه ، وأما أن يكون بسبب صاحب الدابة، وأما أن يكون بدون تفريط وسببية من أحدهما، وأما أن يكون بسببهما، وأما أن يكون بسبب انسان آخر، وفي كل الصور اذا رضيا ببقاء الدابة في الدار، فلا كلام.

أما اذا لم يرضيا فنذكره في مسائل :

الاولى : أن يكون المدخل صاحب البيت ، والظاهر ان عليه الاخراج وان تضرر بهدم الحائط أو نقض الباب .

وفي مفتاح الكرامة وجهه ظاهر كما في مجمع البرهان .

وفي المسالك انه لااشكال فيه .

وقدنص عليه في المبسوط والتذكرة والتحرير والارشاد وجامع المقاصد، من غير فرق بين أن يكون قيمة الحيوان أقل من قيمة نقض الباب أوأكثر أو مساوياً ، لكن ينبغي أن يقال : ان دليل لاضرر اذا كان الضرر غير متعارف محكم على دليل رد ملك الغير اليه ، حيث ان الرد مقتضى سلطنة الناس على أموالهم ، مثلا اذا كانت قيمة النقض مائة وقيمة الدابة عشرة ، لايمكن أن يقال بوجوب النقض برد الدابة، بل اللازم حينئذ اما قبول صاحب الدابة من بيعها

لمالك الدار ، أو من ذبحها واعطاء صاحب الدار التفاوت له .

ومنه يعلم وجه النظر في اطلاق كلامهم ، الا أن يقال : بانصرافه الى ما ذكرناه.

نعم صاحب الجواهر صرح بالاطلاق، حيث علق على قول الشرائع المتقدم لعدم العدوان منه ، وخصوصاً اذا كان غصباً من صاحب الدار للدابة مثلا لما عرفت من وجوب رد المغصوب الى مالكه ، وان ترتب عليه ضرر اضعاف المغصوب .

الثانية: أن يكون المدخل صاحب الدابة، وفي هذه الصورة يلزم ملاحظة الجمع بين الحقين وأقل الضررين ، وليس مجرد أعطاء صاحب الدابة ثمن الهدم كافياً في حقه في الاخراج والهدم، اذ قد يوجب الهدم والبناء صعوبة على صاحب الدار، فليس عليه أن يتحملها، فالامر دائر هنا بين امور : مثل هدم الحائط مع اعطاء صاحب الدابة العوض ، ومثل ذبح الحيوان مع تضرر مالك الحيوان بذبحه لتفاوت قيمته مثلا، وبين البيع للمالك، فاللازم أن يقدم أقل الامور ضرراً، وأقربها الى الجمع بين الحقوق .

وبذلك ظهر الاشكال في اطلاق الشرائع المتقدم حيث قال: وان كان من صاحب الدابة ضمن الهدم .

بل في الجواهر قال: انه بلاخلاف أجده فيه بين من تعرض له منا .

وفي المسالك وغيرها عدم الاشكال ، ثم علق الجواهر عليه بقوله : لكن قد يقال حينئذ بوجوب ذبح الحيوان ان كان مما يؤكل ، ولم يرض المالك بالهدم، وخصوصاً اذا كانت قيمته أقل من ارش الهدم، الى آخر كلامه، فانه بالاضافة الى عدم وجه لتقييده بمايؤكل ، اذ احياناً يصح ذبح الحيوان بدون

أن يؤكل لفائدة جلده ونحوه، انه قدعرفت ان الامر ليس دائراً بين الامرين ماذكره الشرائع والجواهر، بل بين امور .

ومنه يعلم وجـه النظر في قول الجواهر أخيراً ، نعم لولم يكن الحيوان ممايذبح، أمكن القول حينئذ بذلك لقاعدة لا ضرر ولاضرار.(١)

ومن المسئلتين يعرف الكلام في الثالثة : بأن يكون السبب كليهمـا ،و يكون الحال هنا كالمال المشترك برضاهمـا ، حيث أرادا الانفكاك فان سبب الانفكاك خسارة ، فمقتضى القاعـدة انها موزعة عليهما ، اما أن يقدم خسارة هذا على ذاك، أوذاك على هذا فى أصل الخسارة كالذبح والهدم لا في قدرها، حيث ان القدر يجب أن يكون بينهما فمقتضى القاعدة القرعة، لانها لكل أمر مشكل، وتأتي بقيـة الكلام في هذه الصورة فى عنوان الشرائع ادخال دابـة رأسها في قدر غيره، وافتقار الاخراج الى كسرالقدر .

ومنه يعلم الكلام في الصورة الرابعة: وهو انكان المدخل ثالثاً، فانه من جهة الخسارة يجب تحملها عليه ، لانه مقتضى ان الحقوق لاتبطل ولا يتـوى وما أشبـه ، حيث ان اللازم على الثالث اعادة سلطنـة كل من صاحب الدار وصاحب الدابة اليه، واما من جهـة تقديم الذبح على هدم الحائط، أو تقديم الهدم على الذبح، فان تساويا وتعارضا بأن أراد مالك الدابة الاخراج وأراد مالك الدار الذبح، فالقرعة ، وان تساويا وتوافقـا فهو، ولا حق للثالث بأن يقدم خلاف رأيهما، وان لميتساويا بأن كان مثلا ارش هدم الدار مائـة ، أما

---

(١) المستدرك : ج ٢ ص ٤٩٩ الباب ٩ من نوادر كتاب الصلح ح ١ .
الوسائل : ج ١٧ ص ٣٤١ الباب ١٢ من أبواب احياء الموات ح ٣ .

ارش ذبــح الحيوان عشرة، فالظاهر ان للثالث أن يمتنع عن الاكثر ، سواء تعارض المالكان أوتوافقا، لاصالة عدم الضرر الاكثر عليه .

أما الخامسة: وهي مالولم تكن بتفريط ولاتسبيب من أحدهما أو كليهما ، ولا من ثالث ، فالظاهر لزوم تقديم أقل الضررين فى صورة عدم توافقهما على أحد الامرين، لانه مقتضى الجمع بين الحقين، ثم ان الضرر الاقل يقع عليهما معاً لا على أحدهما .

فاذا كان ضرر ذبح الحيوان عشرة، وضرر هدم الحائط مائة، وأراد صاحب الدار ذبــح الحيوان ، وأراد صاحب الحيوان هدم الدار، فاللازم أن يقــدم الذبح، ثم ان العشرة تقسم عليهما لعدم وجه لتحمل أحدهما كل الضرر دون الاخر فيتساويان، ولا مجال للقرعـة فى المقام بين الهدم والذبح ، لان القرعة فى الامرين المتساويين، لا في أمرين أحدهما يشمله دليل لايشمل ذلك الدليل الاخر، فان الضرر بقدر العشرة مقطوع به ولايشمله دليل لاضرر، اما الضرر بقدر التسعين الباقي، فمشمول لدليل لاضرر .

ومنه يعلم وجــه النظر في كلام الشرائع المتقدم حيث قال: وكذا ان لم يكن من أحدهما تفريط ضمن صاحب الدابة الهدم ، لانــه لمصلحته، بل في المسالك نسبته الى المشهور، بل قيل لا خلاف فيه بيننا .

لكن قال في المسالك: ويشكل بأن التخليص والمصلحة قدتكون مشتركة بينهما، بل هو الاغلب، وقد تكون مختصة لصاحب الدار بأن لايكون لصاحب الدابة حاجة الى اخراجها لصغرها وعدم صلاحيتها للانتفاع ، وصاحب الدار يحتاج اليها فى موضع الدابة عاجلا، والفرض انتفاء التفريط .

نعم ، لو خيف هلاك الدابة بدون الاخراج اتجه وجوبه لحرمة الروح ،

ومع ذلك ففي اقتضاء ضمان صاحب الدابة نظر ـ انتهى .

وبذلك ظهر انه لايصح توجيه كلام الاصحاب في الفرض، بأن صاحب الدابة مكلف بأخذها من دار الغير وتخليص ملكه منها، فكل ضرر حصل على صاحب الدار بالنسبة الى ذلك وجب جبره على صاحب الدابة ، لقاعدة لا ضرر ولا ضرار .

اذ لادليل موجه الى صاحب الدابة دون صاحب الدار، فهما كالملكين المختلطين والممتزجين، حيث ان كون أحدهما أقل من الاخر لايوجب أن يوجه التكليف الى صاحب الاقل، بل ربماكانت الدابة تسوى أكثر من الدار، كما اذا كانت فيلا يسوى ألفاً، بينما الدار دار طينية لا تسوي الا مائة .

و لقد أجاد الجواهر ، حيث أشكل عليهم بقوله الذي ينبغي في هذه ونحوها، بعد ملاحظة لاضرر ولاضرار ، وقاعدة الجمع بين الحقين ترجيح الاعظم ضرراً منهما على الاخر، اذا لم يكن عن تفريط كماهو المفروض ، ومع فرض التساوي من كل وجه يرجع الى القرعة، أو الى اختيار الحاكم . وهكذا في كل حقين تزاحما ولا مرجح لاحدهما، ولو من جهة التفريط وعدمه ـ انتهى .

وقد تقدمت الاشارة الى انه يلزم أيضاً ملاحظة الصعوبة والحرج دون الضرر فقط، اذ ربما يكون هدم الدار حرجاً وضرراً، والمالك للدابة مستعد لاعطاء الضرر، لكن يبقى الحرج على صاحب الدار بهدم داره واعادتها ، ممايسبب صعوبة له .

ومن ذلك يظهر وجه النظر فيماذكره جماعة منهم، من انه لو جاء السيل بنخلة زيد مثلا فاثبتها في أرض الغير ، فان عليه تخليص ملك الغير منها ،

وجبر كل ضرر يكون من ذلك عليه، وكذلك اذا جاء الهواء بحبه فزرعه في ملك الغير، وقالوا: ان مالك الحب والنخل بالاضافة الى وجوب التخليص يجب عليه جبر كل ضرر يكون من ذلك عليه .

اذ فيه انه لاوجه لكلا الحكمين بعد عدمتقصير صاحب الحب والنخل ، وانما هو كما اذا جاء الهواء فخلط مال أحدهما بمال الاخر، فاذا أراد كلاهما التخليص فلا كلام ، أما اذا أراد أحدهما دون الاخر كصاحب الارض دون صاحب النخل أو بالعكس ، فاللازم الرجوع الى الحاكم الشرعي كما في المالين المشترك فيهما، والظاهر ان الضرر أيضاً يكون عليهما، سواء تضرر النخل أوتضررت الارض .

اذ لاوجه لتوجيهه الى أحدهما فقط، كما انه في المال المشترك الذي اشترك بسبب الهواء، اذا كان التخليص مستلزماً للضرر يلزم أن يكون الضرر موجهاً اليهما معاً ، لا الى أحدهما ، وقولهم فان على صاحب النخل تخليص ملك الغير منها مصادرة .

ويؤيد ماذكرناه ماورد في باب الدابة الصائلة التي سببت تلف انسان أو حيوان، حيث لايجعل الضمان على صاحب الدابة اذا لميكن مقصراً، كما ذكروه في باب الديات .

ومنه يعلم، حال فرع آخر ذكره التذكرة وتبعه صاحب الجواهر وغيره قال: وهكذا اذا باع داراً فيها حباب لاتخرج الا بنقض الباب، فاذا نقلها كان اصلاح ذلك عليه، لانه لتخليص ملكه، اذ مقتضى القاعدة انه ان أراد كلاهما فلا كلام، وان أراد أحدهما كان اللازم مراجعة الحاكم، واذا نقض الباب كان

الضرر على كليهما لا على أحدهما .

كما انه اذا دار الامر بين نقض الباب بقيمة أعلى، أو كسر الحب بقيمة أقل أوبالعكس ، قدم الضرر الاقل ويوزع الضرر عليهما، ولا يكون الضرر على أحدهما ، وكذا الحال اذا كانت الدار والحباب لانسان ، فباع الدار لانسان والحباب لاخر، أوأوصى مالكهما انالدار لاحدهما والحباب للاخر، الى غيرذلك من الامثلة .

أما اذا قال صاحب الحب والنخل لصاحب الدار والارض: اما اشترمني مالي اوأشتري منك مالك ، أو قال صاحب الارض والدار لصاحب النخل و الحب ذلك ، فالظاهر ان المرجع هو الحاكم الشرعي في الكسر للحب والقلع للشجر، أو اجبار أحدهما باستجابة الاخر في البيع، وذلك للتعارض بين قاعدة لاضرر وقاعدة السلطنة .

ولادليل على تقديم أحديهما على الاخرى ، فالاجبار على البيع خلاف قاعدة السلطنة ، والاجبار على القلع وكسر الباب أوكسر الحب مثلا خلاف قاعدة لاضرر ، ولادليل على تقديم احدى القاعدتين على الاخرى فيما اذا لم يكن تقصير وتفريط من أحدهما .

(مسألة ـ ٣٦ ـ) قال الشرائع : ولو أدخلت دابة رأسها في قدر وافتقر اخراجها الى كسر القدر ، فان كانت يد مالك الدابة عليها أو فرط في حفظها ضمن ، وان لم يكن يده عليها وكان صاحب القدر مفرطاً ، مثل أن يجعل قدره في الطريق كسرت القدر عنها ، ولاضمان في الكسر .

وقال في القواعد : ولو أدخلت دابة رأسها في قدر واحتيج الى الكسر فان كانت يد مالك الدابة عليها أو فرط في حفظها ضمن وان لم تكن يده عليها ، فان فرط صاحب القدر بأن جعلها في الطريق مثلا كسرت ولاشيء له ، ولو انتفى التفريط عنهما كسرت وضمن صاحب الدابة لان ذلك لمصلحته ، ولو نقصت قيمته لعيب ثم زال العيب في يد الغاصب ، فلا ضمان مع بقاء القيمة .

وقد نقل مفتاح الكرامة صورة تفريط أحدهما ، والحكم بضمان صاحب الدابة وعدم ضمانه عن المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان قال : وهو الذي أوجز في كلام الارشاد والدروس ولعله لما أراد في الشرائع المحافظة على كلام المبسوط مع اختصاره وقع في كلامه مسامحة لاتخل بالحكم، كما انه نقل مسألة انتفاء التفريط عنهما وانها تكسر ويضمن صاحب الدابة ، لان ذلك لمصلحته عن المبسوط وجميع من ذكر بعده عدا المسالك .

وفي الجواهر بعد نقل كلام الشرائع المتقدم قال : بلاخلاف أجده في شيء من ذلك بين من تعرض له من الشيخ والفاضل والشهيدين والكركي .
ثم قال : الشرائع : وان لم يكن من أحدهما تفريط ، ولم يكن المالك

معها ، وكانت القـدر في ملك صاحبها ،كسرت وضمن صاحب الدابة ، لان ذلك لمصلحته .

ونقله الجواهر عن جماعة ،كما ان في المسالك انه المشهور .

أقول : مقتضى القاعـدة انه اذا كان أحد من الدابة والانـاء أكثر قيمة ، بحيث كان اتلافه في مقابـل اتلاف الاخر اسرافاً وغير عقلائي ، كان اللازم اتلاف الاقل قيمة ، وان كان صاحب الاكثرقيمة سبباً ،كدابة بمائة وقدربعشرة أو بالعكس ، بل وان رضى صاحبالاكثر قيمة ، لانه لاحق له فيالاسراف، وان لم يكن كذلك ، بل كانا متساويين تقريباً ، مما لايعد اسرافاً وعرفاً ، كان الاتلاف على أيهما كان سبباً ، وان كاناكلاهما سبباً أو كان السبب أمراًخارجاً كالسيل والهواء ومااشبه ، أو انساناً لانظفر به ،كما لو فعل انسان ذلكثم غاب وهرب ، فان مقتضى القاعدة ماسبق من القرعة ، وثم يتحمل الضرر كلاهما لا أحدهما فقط .

وبذلك ظهـر وجه النظر في اطلاق الشرائع والقواعد وغيرهما وقـول الشرائع ، لان ذلك لمصلحته غير ظاهر الوجه ، لانه ليس من الادلة .

ومنه يعلم وجه النظر في المحكى عن التذكرة في صورة تفريطصاحب الدابة حيث قال : فان كانت غير مأكولة اللحم لم يجز ذبحها ، ووجبكسر القدر مع ضمانه ، وان كانت مأكولة اللحم ، فهل تذبح أو يكسر القـدر ؟ الاقرب ذبحها، لانه ينتفع بلحمها فيقل الضرر على صاحبها ، والنقص انكان فمن صاحبها وقع ، حيث وقع التفريط منه ـ انتهى .

فانكلا من المأكول اللحم وغير مأكول اللحم يمكن الانتفاع به .

ثم ان قوله : بأنه ينتفع بلحمها في المأكولة اللحم أيضاً ليس على اطلاقه فانه ربماتكون التفاوت بين قيمتهامذبوحة وقيمتها حية كبيراً كمافي الفرس والبقرة التي لحمها يسوى مثلا عشرة، وحيهايسوي مائة، ومثله في الاشكال ماتقدم من قول القواعد: أو ديناراً في محبرته وعسراخراجه كسر عليه.

و قد نقل مفتاح الكرامة ان مسألة الدينار مذكورة أيضاً في المبسوط والتذكرة وجامع المقاصد، وقيد في الاخير بما اذا لم يكن صاحب المحبرة غاصباً للدينار، ووجه القيد واضح، لان الغاصب يجب عليه ايصال الملك الى مالكه وجميع المؤن عليه ـ انتهى .

كما انه يظهر مماتقدم أيضا الوجه فيماحكاه الجواهر من انه لوادخل ديناراً في محبرته وكانت قيمته أكثرمنه، ولم يمكن كسرها لم تكسر المحبرة، وضمن صاحبها الدينار مع عدم تفريط مالكه ، و لودخلت زهرة اليقطين في اناء الغير فعظمت اعتبر تفريطاً، ومع انتفائه يتلف أقلهما قيمة، ويضمن صاحب الاخر ، وان تساويا فالاقرب ان الحاكم يجبرهما ، فان تمانعا فالقرعة ـ انتهى .

اذ قد عرفت ان الميزان ماذكرناه من كون اللازم اتلاف الاقل قيمة اذا كان أحدهما أقل، والاكان الاتلاف على أيهما كان سبباً، و اذا لم يكن أحدهما سبباً بأن كان كلاهما سبباً ، أوالسبب خارج قاهر أو انسان هرب وغاب، فالقرعة، ولاوجه لاجبار الحاكم.

وكذا يعلم وجه النظر مما ذكرناه فيما نقله مفتاح الكرامة عن المحقق الثاني قال : ولم يستبعد في جامع المقاصد كسر الدينار، سواء زادت قيمته أونقصت لانه يقبل الصلاح والاصلاح بسرعة وسهولة، اذ ليس الاتجديد السكة بخلاف

المحبرة، قال: نعم لو زاد نقصه على قيمة نقصان المحبرة اتجه كسرها وضمان الارش ـ انتهى .

فان المفروض عدم الاطلاق كذلك في الدينار أوفي المحبرة، فربما يقبل هذا الاصلاح دون ذاك ، وربما كان العكس، والاولى ذكرالاحكام كلية .

ولايخفى مافي ماعن التذكرة من انه لو فرطا معاً كسرت القدر وضمن صاحب الدابة ، لانه لمصلحته ، حيث قد تقدم وجه الاشكال في الشرائع بأن المصلحة ليست من الادلة ، وانه مع تفريطهما معاً لاأولوية لهذا عن ذاك ، الا اذا كان أحدهما أكثر قيمة ، والا فاللازم القرعة لا التخيير للحاكم .

فقول الجواهر : والتحقيق ماذكرناه من كون التخييرفي القطع للحاكم وأولى منه الرجوع الى القرعة،ان أراد الاولويةاللازمة كقوله سبحانه: ﴿اولى لك فأولى﴾[1] فلا بأس ، والا فلا مجال لجعل التخيير مقدماً على القرعة .

ومما تقدم ظهر ، حال ماذا سبب اخـراج رأس الدابة من القـدر ، أو الدينار من المحبرة ، أو الفصيل من الدار نقصاً في قيمة أحد الجانبين ، وان النقص ربما يكون على هذا، وربما يكون على ذاك، وربما يكون على الثالث السبب ، وربما يكون بين الصاحبين اذا كان التفريط من الجانبين .

وقد تبين بما تقدم وجوه النظر في قول المحقق الرشتي حيث قال : وان استلزم اتلافاً في العين أو في صفتها ، فالامر يدور حينئذ بين احتمالات :

أحدها : ان يلاحظ ضرر الطـالب على تقدير عدم التخليص ، وضـرر المطلوب منه على تقدير التخليص بتقديم أقل الضررين ، لما أشرنا في الامر

---

(١) سورة القيامة : آية / ٣٤ .

الثاني قبل هذا الالتقاط من تقديم أقل الضررين ، ومع التساوي فالقرعة .

والثاني: عدم السلطنة رأساً، وان افضي الى تعطيل ماله من جانب المطلوب منه لاستلزام التخليص التصرف في مال الغير المنهي عنه المنافي لقاعدة السلطنة.

والثالث : سلطنته على التخليص مع دفع القيمة أو الارش ، والاقرب بمقتضى القاعدة على مايقتضيه النظر هو الاخير ، لان فيه جمعاً بين الحقين ، والاصل في ذلك انه متى دار الامر بين فوات اصل المال، وبين فوات خصوصيته العينية مع محافظة ماليتها، فالثاني أولى ارتكاباً لاقل الضررين ، فيتحمل الطالب للتخلص خسارة التلف المترتب عليه توصلا الى عين ماله ، ويتحمل تجاوز المطلوب منه عن عين ماله بأخذ بدله قيمة أوارشاً .

هذا اذا كان الطالب أحدهما، وان كان كل منهما مريداً لخلاص ماله فمع التشاح تتعين القرعة ، فيخلص من خرجت باسمه ماله ولو بكسر الاخر ، مع دفع القيمة أو الارش ، فالقرعة لتعيين من يسلم عين ماله بكسر الاخر مع الارش أو العكس ، يعني من يكسر ماله ويأخذ الارش .

وأما الكسر المجاني فلامجال له لما عرفت ، فان ارجاع الخسارة الى أحدهما بالكلية مع سلامة الاخر ينافي نفي الضرر، بل لابد من ارجاع الخسارة اليهما في الجملة ، بأن يجوز أحدهما من عين ماله مع التوصل الى ماليته بأخذ الارش أو القيمة ، ويخسر الاخر للارش توصلا الى عين ماله .

بل قد يقال : بأنه يجب على طالب الخلاص أن يرضى المطلوب منه بما يريد من الغرامة ، وان تجاوزت القيمة أو الارش السوقي نظير الاجبار على البيع ، أو البذل في المخمصة ، فان الواجب انما هو البيع ، لاالبيع بثمن

المثل ، أو البذل والانفاق لاالانفاق بالقيمة العادلة ، وهكذا يقال في المقام ، بأن الواجب على المطلوب منه الاجابة في اتلاف ماله لخلاص مال الطالب ، لاالاجابةفي الاتلاف بالارش السوقي، بل له الاقتراح في تعيين غرامة مايتلف من ماله للتخليص ، لكنه ضعيف لم يقل به أحد ، فافهم .

وكذا الحال في البذل الواجب ، فانه لم يتقرر من الشرع فيه أمر ، بل هو كالبيع الذي لاتعيين في ثمنه شرعاً، هذا كله في صورة عدم التفريط، وأما معه ، فان كان صاحب التخليص هو غير المفرط وجب على المفرط الاجابة، وليس لهأجر الهدم أو الكسر، لانه مأمور برد المغصوب اذا كان التفريط عن غصب ، فعليه مؤنة الرد التي هي في المقام تحمل خسارة الهدم والكسر .

ولو أنجر الى ضياع ماله بالكلية كما في وجوب رد المغصوب، ولوكان التفريط بغير غصب، بل عن عدوان عرفي، فهو السبب أيضاً لوقوع الخسارة على نفسه دون الاخر ، لان التفريط في حفظ المال حتى يدخل في مال الغير تعريض له في معرض الضياع والتلف ، فلايكون له شيء الا على نفسه ، وان كان الطالب هو المفرط، فثبوت الارش عليه واضح كما لايخفى ـ انتهى ملخصاً.

اذ فيه أولا : انه لماذا يخسر أحدهما فقط ؟

وثانياً : انه لاوجه للقرعة مع كون كسر أحدهما أقل ضرراً .

وثالثاً : ليس تعيين الثمن بيد البائع وحسب اشتهائه ، اذ لايجوز عليه الاجحاف ، فاذا كان الانسان في المخمصة وأراد من صاحب الخبز الخبز ، فقال : الخبز بألف ، بينما الخبز يسوي بدرهم ، فليس على المحتاج اعطاء الالف وأخذ الخبز ، بل اعطاء القيمة العادلة، وقد ذكرنا في باب الاجحاف

ان جماعة من العلماء قالوا بذلك ، كما دلت عليه جملة من الروايات .

ورابعاً: انه لايجب على المفرط الاجابة اذا كانت اجابة طرفه أقل ضرراً ، لما عرفت من الوجه في ذلك، وفي سائر كلماته في هذا المقام مواضع للنظر أيضاً ، كما لايخفى على من راجعه بتمامه ، والله سبحانه العالم .

(مسألة ـ ٣٧ ـ) قال في الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: قال الشيخ (رحمه الله) في المبسوط : اذا خشي علـى حائط جاز أن يسند بجذع مثلا بغير اذن مالك الجذع مدعياً للاجماع ، أي قال : بلاخلاف ، وفي دعـوى الاجمـاع المزبور نظر ضرورة عدم حكاية موافق له ممن تقدمه أو عاصره .

نعم في الدروس بعد أن حكى ذلك عنه قال : وحينئذ الاقرب ضمان عينه واجرته ، وان انتفى الاثم وهو مع انه غير صريح في وفاقه لامدخلية لـه في ثبوت الدعوى المزبورة ، ولعله لذا نزله في جامع المقاصد على خصـوص خوف تلف النفس المحترمة قال : والحق انه ان خيف بترك ذلك ضرر على نفس محترمة ونحو ذلك جاز اسناده ، لجواز اتلاف مال الغير لحفظ النفس، ويضمن العوض ، ويلوح من تعليل الشيخ ارادة هذا المعنى حيث قال : ان مراعاة المصالح الكلية أولى من الجزئية مع التعارض ، وهذا حيث لايمكن نقضه أو يخاف المعالجة قبله ـ انتهى .

أقول: الصور الاولية للمسألة خمس وعشرون، لانها فيمايتصرف في الغير نفساً أو مالا، أما أن يكون لانقاذ انسان نفساً أو عضواً أو قوة، أو انقاذ حيوان، أو انقاذ مال، وهذه الصور الخمس تضرب في أمثالها ، فهي خمس وعشرون صورة ، ومقتضى القاعدة انه اذا كان اضطرار أو حرج أو أهم ومهـم ، جاز التصرف ، أما في الضرر والحرج فلاستثنائهما نصاً واجماعاً .

وأما في الاهم والمهم ، فلانها قاعدة عقلائية مشمولة لقاعدة ماحكم بـه العقل حكم به الشرع ، بعد كون الامر في سلسلة العلل .

وللملاك المستفاد من جملة من الادلة في موارد مختلفة من الفقه ، مثـل

ماورد من دليل التقية في غير الدم، وماورد من زناء المرأة التي خافت أن تموت عطشا ، فأنقذت نفسها بالزنا لصاحب الماء لئلا تموت ، وماورد من النظر الى الخنثى في المرآت أو بدون المرآت، وماورد من عدم الوضوء والغسل والصوم والصلاة الاختيارية والحج للمرض ونحوه، وماورد من جواز الكذب في الاصلاح والغيبة في الاستشارة ، الى غيرها من الموارد المتعددة .

ولعل الشيخ نظر الى الاضطرار أو قاعدة الاهم والمهم، حيث ان وقوع حائط يسوي مثلا بمائة اضطرار وضرر، واسناده الى جذع انسان يلتزم صاحبه باعطاء الاجرة أو الارش مما لايكون الا درهماً مثلا أو ماأشبه داخل في قاعدة الاهم والمهم المستفادة من ملاك تلك الاحاديث وغيرها، بل يستفاد من بعض الايات أيضاً كآية خرق السفينة .

وبذلك يظهر وجه النظر في كلام المسالك تبعاً لجامع المقاصد حيث قال: ان ما ذكره الشيخ يتم على تقدير الخوف من وقوعه على نفس محترمة ، بحيث لايندفع بدونه لجواز اتلاف مال الغير لحفظ النفس، فاتلاف منفعته أولى أما بدون ذلك فالمنع واضح للمنع من التصرف في مال الغير بغير اذنه عقلا وشرعاً ، الى آخر كلامه .

ولعله لذا قال الجواهر : لو كان حائط في طريق المسلمين مثلا ، أو كانت قنطرة كذلك ، فان اسناده بجذع الغير مع فرض انحصار الامر فيه ، والجبر بالارش والاجرة ونحو ذلك أولى ، فانه جهة مرجحة أيضاً ـ انتهى .

وكيف كان ، فانه انما يجوز الاسناد، ونحوه بغير استيذان، اذا لم يمكن الاستيذان والالزم الاستيذان سواء من المالك مع امكان المالك أو من الحاكم

مع عدم امكانه ، لدليل السلطنة مهما أمكن ودليل ان الحا كم ولي الممتنع مع عدم امكان الاستيذان .

وأما ادعاء الشيخ الاجماع ، فلعله اجماع تشرفي كما ذكره الاخوند في الكفاية ، أو اجماع مستند الى القاعدة والاصل ، كما ذكره الشيخ في الرسائل والله سبحانه العالم .

(مسألة ـ ٣٨ ـ) قال في الشرائع : اذا نقل المغصوب الى غير بلد الغصب لزمه اعادته .

أقول : وذلك لانه مقتضى حتى تؤديه[١] ، والغصب كله مردود[٢] ﴿وجزاء سيئة سيئة﴾[٣] وما اشبه .

ولذا قال في الجواهر : لتوقف الاداء والرد على ذلك ، لكنه قيده بقوله: ان كان مالكه فيه بغير اشكال ، أما لو كان مالكه في غيره وجاء به الغاصب اليه، ففي المسالك تخير المالك بين أن يقبضه حيث يدفعه اليه، وبين أن يأمره بالرد الى المكان الذي غصبه فيه، لانه عاد بنقله فكان الرد عليه حيث يطلبه المالك، وله أن يأمره برده الى بعض المسافة ، بل هو أولى ـ انتهى كلام المسالك .

وما ذكره هو مقتضى القاعدة ، مثلا : غصب منه في النجف وأعطاه في مكة ، حيث يكونان فيها ، فان له أن يتنازل من حقه في دفعه في النجف ويأخذ وله أن لا يتنازل عن حقه ولا يأخذ، لانه مقتضى رد الغصب وأدائه عرفاً ، والذي أمر به الشارع .

ومنه يعلم ، عدم الوجه في اشكال الجواهر عليه بقوله : قد يناقش فيه ان لم يكن اجماعاً بعدم الدليل عليه ، بل مقتضى الاصول خلافه ، بل ظاهر تؤديه ومردود ذلك أيضاً اذا كان المراد الرد الى المالك اللهم الا أن يقال : ان الظاهر من الرد ارجاع الشيء الى المحل الذي أخذه منه ، خصوصاً بعد الاعتضاد

---

(١) المستدرك : ج ٢ ص ٥٠٤ الباب ١ من أبواب كتاب العارية ح ١٢ .
(٢) الوسائل : ج ١٦ ص ٣٦٥ الباب ١ من الأنفال ح ٤ .
(٣) سورة الشورى : آية / ٤٠ .

بفتوى من وقفنا عليه من الاصحاب ـ انتهى .

فان قوله : اللهم هومقتضى القاعدة ولاوجه للمناقشة، بل ينبغي أن يقال : انه يستفادمن تؤديه، ومردود أيضاً ملاحظة الزمان ، اذاكان للزمان مدخل عرفاً، مثلا في البلد هرج ومرج وفوضى في تسعة أشهر من السنة ، وفي ثلاثة أشهر من السنة يستتب الامن فيها لمجيء نائب الحاكم مثلا، والغاصب انما غصب منه في هذه الثلاثة الاشهر، واذا دفعه اليه في التسعة الباقية يسرق منه ويغتصب فان الواجب على الغاصب أن يرده عليه في مثل تلك الثلاثة الاشهر .

أما اذا دفعه اليه في التسعة الاشهر الباقية كان غير مؤد عرفاً والغصب غير مردود في نظر العرف .

ومنه يعلم، الحال بالنسبة الى المكان ،كما اذا غصبه منه في المكان في حال الامن ثم انقلب المكان الى فوضى وهرج ومرج واضطراب، فلا يحق له أن يرده في ذلك المكان المعرض للتلف عرفاً، حيث لايصدق الرد والاداء .

ثم قال المسالك : وحيث يرضى المالك ببقائه دون المكان الاول ليس للغاصب الزيادة عليه ، لانه تصرف في المغصوب بغير اذن المالك ، فلوتجاوز به المأذون فللمالك الزامه باعادته ، لتعديه في النقل كأصله .

وناقش فيه الجواهر بوجوب الاعادة مع فرض المجيء به الى بلد الغصب وان أثم بذلك ، لكن الظاهر ما ذكره المسالك لانه يكون غصباً جديداً بعد رضى المالك ببقائه دون المكان الاول ، فهو كما اذا غصب منه في ذلك المكان الجديد ، فليس الامر مجرد الاثم وانما أثم وضمان .

نعم ، الظاهر انه اذا كان محذور للغاصب في التسليم في المكان الذي

اغتصب منه، جازله أن يرجعه اليه في مكان آخر ، مثلا : انه غصبه منه في بغداد ثم انه طلب من قبل الدولة في بغداد ، حيث انه اذا تواجد في بغداد أخذته الدولة وقتلته ، وهو الان في كربلاء ولايتمكن من ايصاله اليه في بغداد فانه يخبر المالك انه مستعد للتسليم اليه ، أو الى وكيله في كربلاء .

واذا قال المالك في المثال المذكور : سلمني في النجف لافي كربلاء ، فهل له ذلك أولا ؟ الظاهر التفصيل بين مالو كان مؤنة النقل الى النجف بقدر مؤنة النقل الى بغداد أو أقل ، فالواجب اطاعة المالك ، أما اذا كانت المؤنة أكثر فلا .

أما الاول: فلانه المفهوم من المردود وتؤدي ونحوهما، حيث ان العرف يرى انه بدل ، فهو من قبيل الانتقال الى المثل بعدتعذرالعين .

وأما الثاني: فلاصالة عدمشيء زائد على الغاصب، خصوصاً اذاكان فاحشاً ثم اللازم تعميم مكان الغصب الى البلد كما ذكروه ، والى الموضع من البلد في البلادالكبارمثلا لوحدة الدليل فيهما، فاذا غصب منه في بلد مسافته عشرة فراسخ فيالطرف الجنوبي من البلد مثلا، لايحق له أنيسلمه اليه في الطرف الشمالي منه، لانه خلاف الغصب مردود وتؤدي ونحوهما .

ثم قال في الشرائع: ولو طلب المالك الاجرة عن اعادته لميلزم الغاصب لان الحق هو النقل ، وهو كما ذكره ، وقرره عليه الشارحان وغيرهما ، كما انه لو أراد الغاصب اعطائه الاجرة على النقل لم يلزم على المالك قبولها، اذ الحق هو النقل .

ثم انه قد تقدم في بعض المباحث هنا، وفي بعض الكتب الاقتصادية انه: اذا كان في بلد تضخم وفي بلد تنزل أوتساو ، فمقتضى القاعدة لزوم الاعطاء

بقدر التعديل لا بالقدر الذي اغتصب منه، مثلا: غصب منه ألف تومان في الكويت وذلك يساوي اقتصادياً في ايران على النصف أو على الضعف مثلا، فان الواجب على الغاصب أن يرده اليه في ايران معدلا ، لا ألف تومان وانما ألفي تومان ، أو خمسمائة تومان لماذكرناه من ان الموازين الاقتصادية تجعل الاعواض بدل الاعواض ، وانما النقود واسطة فقط .

ثم انه اذا غصب من الاب ، وأراد أن يرد الى الابن الوارث له ، فاذا رضى الابن بغير البلد حق له ذلك ، وان لم يكن يرضى الاب بغير البلد ، اذ الحق انتقل الى الورثة ، فهو تابع لنظرهم .

أما لو انعكس بأن رضى الاب في غير البلد ، ولما مات لم يرض الابن الافي البلد ، فالظاهر انه يلزم اتباع رضى الابن ، الا اذا كان الاب قد أسقط حقه من الاعطاء في البلد، فانه لاحق له حينئذ حتى ينتقل الى وارثه ، ففرق بين رضى الاب بالاعطاء في غير البلد وبين اسقاط حقه ، فان الرضى غير الابراء والاسقاط .

ولذا لو قال الدائن : اني أرضى أن لاتعطي ديني ، لم يكن اسقاطاً ، أما اذا قال : قد ابرئتك واسقطت عنك ديني، فانه ابراء واسقاط ، فلا حق له في الرجوع عن ابرائه ، بينما له الحق في الرجوع عن رضاه .

ثم حيث عرفت ان مقتضى القاعدة هو الرد حسب مايستفاد من مردود وتؤدي ، فلو اغتصب منه في برية حين سفرهما مثلا، ثم رجع الى البلد، لم يحق للغاصب أن يقول اني أرجع اليك المال في تلك البرية القفراء كما انه لايحق للمالك أن يلزم الغاصب بذلك ، لانه خلاف المتفاهم من المردود وتؤدي ونحوهما .

ومنه يعلم وجه النظر في اطلاق الشرائع، حيث قال : ولو رضى المالك به هناك ، لم يكن للغاصب قهره على الاعادة .

وعلق عليه الجواهر بقوله: قطعاً، اذ انما لايكون للغاصب القهر اذا كانت الاعادة والرد صادقان في هناك عرفاً ، أما اذا لم يصدقاً ، فللغاصب القهر على الاعادة ، مثلا : غصب منه في المدينة وكلاهما يوجدان الان في صحـراء ، فيقول المالك: أعطني الغصب هنا، ويقول الغاصب، بل أرده عليك في المدينة فان الحق مع الغاصب لامع المالك .

ومن ذلك يظهر حال قهر المالك الغاصب على الرد في غير بلد الغصب وانه قد يكون له القهر، وقد لايكون له القهر حسب الموازين العرفية في الفهم من مردود وتؤدى ونحوهما .

ثم ان المحكى عن التذكرة : انه لو نقل حراً صغيراً أو كبيراً من موضع الى موضع آخر بالقهـر ، فان لم يكن له غرض في الرجـوع الى الموضع الاول ، فلاشيء عليه ، وان كان فاحتاج الى مؤنة فهي على الناقل على اشكال. وفي المسالك: ولافرق في هذا الحكم بين كون المغصوب مالا صامتاً أوناطقاً وفي معناه ما لونقل حراًصغيراً أوكبيراً بالقهرمن موضع الى موضع ، واحتاج عوده الى مؤنة فهوعلى الناقل للتعدى، ولولم يكن للمنقول غرض في الرجوع الى الموضع الاول ، فلاشيء عليه .

وعلق على ذلك الجواهر بقوله: ضرورة عدم دليل على ذلك بعد ماذكرناه من عدم الضمان بقاعدة لاضرر ولاضرار ونحوهما ـ انتهى .

ولايخفى مافي قياس الصغير على الكبير، بأن الصغير لاولاية له على نفسه حتى يكون الحكم تابعاً لارادته ، وانما الولاية للكبير الذي هو وليه ، سواء

كان كالاب والجد ، أو القيم والوصي والحاكم وأمينه .

وكذلك الحال في مثل الزوجة، فلو نقل الزوجة من النجف الى كربلاء وأرادت الزوجة البقاء ولم يرض زوجها ، فالواجب على الغاصب ردها الى مكانها الاول ، وهكذا الحال في المجنون والمعتوه ونحوهما .

أما في الكبير العاقل الذي اختياره بيده ، فالامر كما ذكروه ، اذ مقتضى ﴿الناس مسلطون على أنفسهم﴾[1] انه لاحق لغيرهم في جبرهم على شيء ، الا اذا كان الامر مخطوراً ، فاللازم الجبر حسب النهي عن المنكر ، كما اذا نقل كبيراً الى برية مخطورة ، والكبير المغصوب لايتصور الخطر ، فاللازم على هذا الانسان الناقل أن يرده الى محل الامن، وان لم يرض به الكبير على موازين الامر بالمعروف ، والنهي عن المنكر ، وحفظ النفس المحترمة وغير ذلك ، والله سبحانه العالم .

ثم انه لماعرفت من عرفية الغصب مردود ونحوه ، فاذا غصب منه مثلا عقاباً في قفص لايحق له أن يرده عليه بلاقفص ، حيث يطير ولا يتمكن من حفظه ، فلو أعطاه بدون قفص وطار كان ضامناً .

---

(١) بحار الأنوار : ج ٢ ص ٢٧٢ .

(مسائل) :

الاولى : قال في القواعد : واذا كسرت آلات الملاهي فلاضمان ، فان احرقت ضمن قيمة الرضاض .

وقال فيمفتاح الكرامة: هو قضية كلام المبسوط وصريح التذكرة وجامع المقاصد ومجمع البرهان والكفاية ، وفي الاخير نسبته الى قطع الاصحاب، وما في الكتاب هو معنى قوله في التذكرة : من أحرقها فعليه قيمتها في حد المشروع .

أقول: أما الحكم الاول فقدتقدم، وأما الضمان ففي اطلاقه نظر، اذلادليل على الضمان بعد كون ظاهر الاخبار عدم الضمان ، حيث ان الاحراق والاتلاف والكسر ونحوها كلها من أقسام النهي عن المنكر، ولذا أتلف رسول الله ﷺ أصنام الكفار مع ان رضاضها لاشك في قيمتها[1].

وبذلك يظهر ، وجه النظر في المحكى عن جامع المقاصد في وجه ذلك

---

(١) كما في البحار : ج ٣٨ ص ٨٤ نقلاً عن اعلام الورى : ص ١٩٨ وفي السيدة لابن هشام : ج ٤ ص ٤٤ .

بأن الرضاض وهو الذي يبقى بعد الكسر محترم، ومعناه انه مملوك، والمملوك اذا أتلفه متلف كان ضامناً، اذ لادليل على ذلك بعد ظهور الروايات في العدم.

ويؤيده احراق رسول الله صلى الله عليه وآله مسجد ضرار[(١)]، وبعض الروايات المتقدمة هنا، والمفصلة في باب المكاسب.

ومنه يعلم وجه النظر في قول القواعد بعد ذلك ، وكذا الصليب والصنم وحكى أيضاً عن التذكرة وفي الكفاية انه قطع به الاصحاب .

ولذا أشكل عليه مفتاح الكرامة بأنه قد تقدم في باب المكاسب، ان آلات اللهو لاتعد مالا ، وانها غير مملوكة في ظاهر كلام الجماعة، فقد استدللنا لهم بالخبر والقاعدة ، وقولهم بعدم ضمان المتلف لها قيمتها وغير ذلك ، والامر في الصلبان والاصنام واضح ، ولاقائل بالفرق على الظاهر ـ انتهى .

وكذلك فعل أمير المؤمنين عليه السلام ببعض البيوت ، كما ذكر في التاريخ حيث أحرقها .

الثانية : قال في القواعد: وتضمن منفعة كلب الصيد وماصاده به للغاصب.

وقال في مفتاح الكرامة أما ان منفعة كلب الصيد مضمونة ، فلانه حيوان مملوك يجوز اقتنائه، وله منفعة تستأجر ، وله قيمة في نظر الشارع ، فيدخل تحت اجماع الخلاف والسرائر واجماع التذكرة ، وكذا غيره من الكلاب التي يجوز اقتنائها والفهد والباري وباقي جوارح الصيد ـ انتهى .

أقول : ذكرنا في باب الديات ان الكلب محترم ، وان له القيمة لا الدية

---

(١) البحار : ج ٢١ ص ٢٦٣ .

على ماذكره جماعة من الفقهاء، ولافرق في ذلك بين الانتفاع بكلب الصيد حين غصبه، أو عدم الانتفاع به اذا فاتت المنفعة تحت يده، لانه كسائر الاشياء ذات المنفعة، حيث الضمان كما نقدم، وكذا الحال في باقي ماذكره من الفهد والبازي ونحوها، حيث ان لها قيماً وكون ذبائحها محرمة لاتنافي قيمتها وقيمة عملها .

ثم قال مفتاح الكرامة: وأما ان ماصاده للغاصب فهو خيرة التذكرة وجامع المقاصد ، لان الغاصب هو الصائد ، والكلب آلة في الصيد كالسهم والقوس والشبكة اذا غصب شيئاً منها واصطاد به، فأشبه مالو ذبح بسكين غيره ـ انتهى.

ومراده من أشبه الملاك لاالقياس كما هو واضح .

ومن ذلك ظهر وجه النظر في احتمال أن يكون الصيد للمالك، كما عن الشافعي قياساً بصيد العبد واكتسابه، لانه من كسب مال صاحب الجوارح فأشبه صيد العبد وكسبه .

ثم انه اذا اعطى جارحه لغيره ليصيد به على مقرر بينهما أزيد أوأقل من الاجرة ، كان ذلك له لمقتضى المعاملة.

الثالثة : قال في القواعد : ولو اتخذ من السمسم الشيرج ، تخير بين المطالبة بالسمسم وبالشيرج، والكسب والارش ان نقصت قيمته، أو بالشيرج والناقص من السمسم ـ انتهى .

أقول: أما مطالبته بالسمسم، فلانه عينه التي أتلفها الغاصب فله استرجاعها وكثير من الناس لايريدون الشيرج ، فلاوجه لا لزام المالك بأخذ الشيرج مع التفاوت، وكذلك لو جعل الحليب لبناً أو اقطاً أو دهناً أو زبداً أوماأشبه، وأما حق مطالبته بالشيرج والكسب فوجهه انه ماله وان تغيرت صورته وصفاته.

وكذا الحال فيما ذكرناه ، أوفي حنطته اذا طحنها وجعلها خبزاً ، أوفي

طينه اذا جعله سفالا ، الى غير ذلك من الامثلة .

وأما المطالبة بالشيرج والناقص من السمسم، فقد قال فى مفتاح الكرامة: ظاهره انه يطالبه بالشيرج والناقص من نفس السمسم، فيأخذ مثل مانقص بأن ينسب الشيرج الى عين السمسم .

وفي جامع المقاصد: انــه بعيد، ولايكاد يتحصل له معنى ، لانه لايعرف نسبة الشيرج الى عين السمسم، ثم استظهر ان المراد الناقص من قيمة السمسم قال: ووجهه ان الكسب أقرب الى التلف، لانــه ثفل الشيرج، وقال: ماذكره المصنف في هذه المسألة لايستقيم، لانه ان بقى المال بعد تغير صورته وصفاته على ملك المالك، لم يكن لــه اختيار فى المطالبة بالبدل ، وان خرج بالفعل المذكور لم يكن له أخذه باختياره ، مع أن تصرف الغاصب لايخرج العين عن ملك المالك بأي وجــه كان على الاصح ، ولا وجه لماذكره هنا فينبغــي التثبت في تأمله الى أن يظهر الصواب ـ انتهى مافي جامع المقاصد .

أقول: لعل وجه ماذكره العلامة ان الشيرج هو السمسم، فاذا كان السمسم مثلا منآ ، وكان الشيرج نصف مـَن وعد الكسب تلفاً ، كان لــه أخذ التفاوت والنسبة معلومة عرفاً، فاذا كانت قيمة الشيرج مثلا نصف قيمة السمسم، وحجم الشيرج أيضاً نصف حجم السمسم ، بقى على الغاصب النصف الاخر، وعلى هذه النسبة ، وحيث انه عرفي في مقابل الامرين الاخرين، فلابأس بــه لشمول قوله: الغصب مردود، ولايتوى، وعلى اليد ماأخذت لمثله .

وقد ذكرنا فى أوائل الكتاب ان الامر في رد المغصوب عرفــي ، فكلما حكم به العرف كان محكوماً بحكم الشرع بوجوب الرد .

ثم انه اذا أعطى الدجاج المغصوب أكلا حتى باض، فالظاهر انهمشترك بينهما، لانه من سعي هذا ومال ذاك، كما انه اذا أعطى الشجرة المغصوبة ماءاً حتى أثمرت ، يكون الثمر مشتركاً بينهما على ماذكرناه في بعض المسائل السابقة، الى غيرذلك من الامثلة .

الرابعة: قال في مفتاح الكرامة: ولوتعذر المثل الا ّ بالاكثر من ثمن مثله ففي وجوب الشراء نظر كما قال في التذكرة .

والاقرب الوجوب ، كمافي التحريروالايضاح والدروس وجامع المقاصد لصدق القدرة على المثل، لانه كالعين وردهاواجب وان لزم في مؤنته اضعاف قيمته والغاصب مؤاخذ بالاشق .

أقول: ويمكن التفصيل بين ماإذا كان الاكثر عرفاً، مثل الشيء السابق بسبب تضخم ونحوه، فالواجب عليه وجوب الشراء، وبين ماإذالم يكن كذلك بأن تضخم بسبب حرب ونحوه مثلا، مما لايعد عرفاً انه رده فلايجب ، اذ العرف يرون المثلية من ناحيتين : المثل حجماً وقيمة ، لا من ناحية أحديهما فقط، وفي مثله يشك في شمول الغصب مردود ونحوه له .

نعم، اذا كانت العين موجودة ولو تضاعفت القيمة مئات المرات، وجب عليه الرد، لانه حجم مال المالك وقيمته .

والحاصل: يلزم أن يصدق عرفاً الغصب مردود، وعلى اليد ماأخذت، ولا يتوي،وماأشبه .

وبذلك ظهر ، انه لا استقامة للوجه الاخر مطلقاً ، حيث علله في مفتاح الكرامة بأن الموجود بأكثر من ثمن المثل كالمعدوم ، كالرقبة في الكفارة والهدي ، وانه يمكن معاندة البائع وطلب اضعاف قيمة المثل ، وهو ضرر

وضمان لا كثر من القيمـة ، اذ لا فرق بين أخذ المالك لها أي للزيـادة وأخذ البائع، وانه لوخاف اللص على الزائد لم يجب المثل ، فكيف نوجب هنا ، وفرق بينهما بافتراق العوض والثواب، الى آخر كلامه .

الخامسة: قال في القواعد: لوبنى الارض بتراب منها وآلات المغصوب منه، لزمه أجرة الارض مبنية .

وقال في مفتاح الكرامة: كمافي التحرير وجامع المقاصد ووجهه ظاهر لان الصفة الحادثـة بالبناء للمالك ، اذهي زيادة في مالـه ، وان كانت بسبب الغاصب كالسمن وصياغة النقرة .

أقول: قدتقدم انه لاوجه لمثل ذلك، حيث ان للغاصب سعيـه، فقوله: اذ هي زيادة في ماله، وان كانت بسبب الغاصب غيرمستقيم، بل اللازم انتلاحظ الاجرة بالنسبة، ويكون الغاصب ضامناً بنسبة ملك المالك لامطلقاً .

ثم قال القواعد: ولوكانت الالات للغاصب لزمه اجرة الارض خراباً .

وقال فى مفتاح الكرامة: كمافي التحرير ، لان البناء ملك للغاصب، وان كان عدواناً ، وفيهما معاً نظر، اذيلزم النسبة هنا أيضاً .

ولذا قال في محكى جامع المقاصد: على ماتقرر من ان زيادة الصفة في ملك المالك بفعل الغاصب للمالك ، يجب أن يكون للمالك حصته من اجرة المجموع بعد التقسيـط على الارض والبناء ، لان الهيئـة الاجتماعية تقتضي زيادة انتفاع بالارض، فتزيد اجرتها بذلك، وقدسبق فيمالوصبغ الثوب فزادت القيمة، ان الزيادة تقسط عليهما، وهو منبه على ماذكرناه هنا .

ثم قال مفتاح الكرامـة: وهو كماذكره جامع المقاصد، كما اذا وضع

سرجاً على الدابة فزادت اجرتها ـ انتهى .

أقول: الكلام كماذكراه، وان كان تسليم جامع المقاصد لماأفتى بـه من قوله: ان زيادة الصفة في ملك المالك بفعل الغاصب للمالك، غيرظاهرالوجه كماتقدم، بل ان الحكم كذلك ، وان لم‌نقل بأن زيادة الصفة في ملك المالك بفعل الغاصب للمالـك ، وذلك لان الزيادة عرفـاً موزعة عليهما لا لاحدهما فقط .

فهو مثل ما اذا سرق انسان مصراع باب من زيد ، ومصراعـاً آخر من عمرو وباعهما بزيادة، كما اذا كان كل مصراع ديناراً فباعهما بثلاثـة دنانير للحالة الاجتماعية، حيث ان الزيادة تكون موزعة عليهما ، فيما اذا لم‌نقل بأن الزيادة للسارق، حيث انه سعيه وعمله كلا أوبعضاً، وان كان الظاهر ان بعض الزيادة له لا الكل، لان الزيادة حاصلة من العمل ومن المصراعين لامن العمل فقط، حتى يقال ان للسارق سعيه .

ثم قال القواعد: ولوغصب داراً فنقضها، فعليه الارش واجرة الدار الى حين نقضها، واجرتها مهدومة من حين نقضها الى حين ردها .

وقال مفتاح الكرامـة : كمافي التحرير، لان النقض أخرجها عن كونها مبنية، وقد عدم مانقض منها وضمنه بالارش، فلم‌يبق له منفعة ليضمن أجرتها.

وتردد في التذكـرة في لزوم اجرة مثلهـا الى حين الردّ ، أو الى حين النقض .

وقال في جامع‌المقاصد : يشكل بأن العين اذا تلفت يضمن بدلها لاأجرة منفعتها، كالعبد اذا مات، ويمكن الفرق بأن العبد اذا مات لا أمد ينقطع عنده

ضمان اجرتـه بخلاف هدم الدار ، لان الامـد ردّها على مالكها مهدومة ـ انتهى .

أقول: يمكن القول بلزوم تحمل الضرر، وان كان أكثر من الارش، كما اذا كانت الدار تسوي مائـة والبناء تسعون والارض عشرة ، لكن الدار اذا كانت قائمة كان المالك يؤجرها للزائرين في مثل كربلاء والنجف بمائـة في أيام عرفة والغدير، فانه عرفاً هو الذي سبب الضرر ، فيلزم عليه ردّ الارض والمائـة لا والتسعين، فاللازم ملاحظة أكثر الامرين من الارش والضرر، لانه مشمول لمثل لاضرر(١) ولايتوي(٢)، وان لم يشمله مثل الغصب مردود(٣) وعلى اليد(٤) ، اذ لاتلازم بين الشمولين .

ومن ذلك يعلم، الحكم فيماذكره القواعد بعد ذلك بقوله: وكذا لوبناها بآلته، أما لو بناها بآلتها فعليه أجرتها عرصة من حين النقض الى حين البناء ، واجرتها داراً قبل ذلك وبعده ـ انتهى .

ثم انه لوبناها بالاحسن أوبالاسوء ، فالظاهر أن الحكم كما اذا خلط مال المالك بماله الاردء أوالاحسن، وقدتقدم حكم ذلك .

وكذلك الحال لوغير البناء، بأن هدمها داراً وبناها حانوتاً، أورحى، أو معملا، أوماأشبه .

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٤١ الباب ١٢ من احياء الموات ح ٣ .
(٢) المستدرك : ج ٣ ص ٤٩٩ الباب ٤٦ من نوادر الشهادات ح ٣ .
(٣) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٠٩ الباب ١ من كتاب الغصب ح ٣ .
(٤) المستدرك : ج ٣ ص ٥٠٤ الباب ١ من كتاب العارية ح ١٢ .

ومما تقدم يعلم الحال فيما اذا نقض الكتاب ثم جلده تجليداً مساوياً ، أو أحسن، أوأسوء، وكذلك الحال في سائر الاشياء التي هي من قبيلهما .

السادسة: قال فيالقواعد: ولايجوز لغيرالغاصب رعى الكلاء النابت في الارض المغصوبة، ولا الدفن فيها .

وفي مفتاح الكرامة: ولاغيرهما من التصرفات كالوضوء والصلاة ، وان فرض استفادة جوازه من شاهد حال الارض ، لان شاهد الحال هنا ضعيف لا يعول عليه، لان الظاهر من حال المالك بعد الغصب عدم الرضا، هذا فيغير الغاصب، واما فيه فبالاولى ـ انتهى .

أقول: ان لميعلم عدم رضى المالك في مثل الاراضي الوسيعة والانهار الكبيرة، فالظاهر استصحاب الرضى والاذن بشاهد الحال، فقوله : لانالظاهر من حال المالك بعد الغصب عدم الرضا، غيرظاهر .

نعم، لعل الامر كذلك بالنسبة الى الغاصب بنفسه ، سواء باشر ذلك أو سبب، كأنكان ولده أو زوجته أوعبده، أوماأشبه هوالذي يرعى ، وقدتقدم الكلام حول الصحارى الكبيرة والانهر الوسيعة في [كتاب الصلاة] فراجع.

وقد ذكرنا في باب الدفن، انه لودفن الميت في الارض المغصوبة وجب النبش والاخراج .

ثم قال القواعد : ولووهب الغاصب فأتلفه المتهب رجع المالك على أيهما شاء، فان رجع على المتهب الجاهل احتمل رجوعه على الغاصب بقيمة

العين والاجرة ـ انتهى .

ومقتضى القاعدة الرجوع، لانـه مغرور فيهما، فيرجع الى من غر[1]، لكن عن الايضاح أيضاً كوالده عدم الترجيح .

---

(1) المستدرك : ج ٢ ص ٦٠٣ الباب ١ من كتاب عقد النكاح ح ٦ .

(مسائــل)

ذكرها المحقق القمي في جامع الشتات غالباً :

(الاولى): لووضع أخشاباً في دار غيره بدون اذنه، فمرت دابة صاحب الدار و وقعت تلك الاخشاب على الدابـة ، فانكسرت يدهـا و ماتت بذلك السبب .

قال المحقق القمي: الموافـق لقواعد الفقهاء الضمان ، لانـه وضع تلك الاخشاب في الدار عدواناً، وبدون الاذن، فالضمان يتوجه اليه .

لكن مقتضى القاعدة التفصيل، بانه ان عدالغاصب سبباً كان ضامناً ، و الا لم يضمن، فقد يضع الاخشاب بحيث تكون مشرفة على السقوط، كالميزاب الذي يضعه في دار نفسه عارية فيسقط ويوجب العطب، وحينئذ لافرق بين أن يكون موضع الاخشاب الطريق العام، أودار نفسه، أودار المغصوب منه .

وأمااذا لم تكن الاخشاب معرضاً للسقوط، وانما مر الحمار بعناية من صاحبه من قرب الاخشاب، و لم يكن اللازم أن يمرمن هناك، و انما كان من تفريط صاحب الـدار ، فـان مقتضى القاعدة عدم الضمان ، لان السبب هـو صاحب الدار لاواضع الاخشاب، فالمسألة من جزئيات أقوائية السبب على المباشر أو بالعكس .

وكذلك الحال فيما اذا غصب دار زيد ، وحفر بئراً أو بالوعة في وسط الدار ، وسقط فيها صاحب الدار، فانه قد يكون الغاصب السبب ، وقد يكون صاحب الدار هو الاقوى، كما اذا غمض عينيه على خلاف المتعارف ودخل الدار ، فانه يقال له : لماذا غمضت عينك .

ومثله الحال ، فيما اذا سقط حائط الدار المغصوبة على الحمار فمات ، حيث قد يكون الاقوائية من صاحب الحمار ، لانه جاء بحماره ومر من قرب الحائط المشرف على الانهدام، وهو يرى ذلك ويعرف، أوكان الحائط والدار في برية ، ولم يكن قرب الدار طريق ، وانما جاء صاحب الحمار على غير الطريق، وقد لايكون كذلك، وكونه عدواناً في غصبه لايستلزم كونه ضامناً.

(الثانية) : انه لو غصبه في بلد وطلبه في آخر .

قال العلامة في محكي التحرير: لزمه دفعه اليه ، سواء كان في حمله مؤنة أو لم تكن .

وقرره على ذلك المحقق القمي وأضاف : انه لو كان الشيء قيمياً ، لزم عليه دفع القيمة حسب بلد المطالبة، وان كانت أغلى في بلد المطالبة من بلد الغصب، وكأن وجهه اطلاق وجوب رد الغصب فوراً ففوراً ، فلاوجه لتأخير الرد مثلا أو قيمة الى البلد الاول ، وحيث ان القيمي في بلد المطالبة قيمته أغلى ، كان اللازم دفع الاغلى ، لانه قيمة المغصوب في بلد المطالبة ، وفي كلا الامرين نظر ، اذ ظاهر الغصب مردود بجميع خصوصيات الغصب .

ومن جملة الخصوصيات بلد الغصب لابلد المطالبة، فلو غصب منه حنطة في كربلاء مثلا، والقيمة عشرة، ثم ذهبا الى الحج وطالب الحنطة هناك والقيمة

عشرون ، لم يكن رده للحنطة أو القيمة هناك بقدر دلالة الغصب كله مردود،[1] بل رد للغصب وزيادة ، ولايلزمه الزيادة بمقتضى الغصب كله مردود ، بل مثل لاضرر ونحوه يشمل صورة كون القيمة أغلى في بلد المطالبة .

نعم ، لو طالبه في بلد تكون القيمة أرخص ودفع اليه، كان ابراءاً له من الزائد وتنازلا للمغصوب منه عن حقه ، فلامانع من ذلك ، كما انه لو دفعه الغاصب في البلد الاغلى، كان تنازلا منه للزائد، ولامانع عن ذلك، أما وجوب الفورية في رد المغصوب فهو محكوم بدليل لاضرر في صورة الزيادة قيمة ، سواء أراد رد العين أو القيمة ، وقد تقدم مسألة شرائط الزمان والمكان في رد الغصب .

نعم، اذا تمكن من الدفع بسبب التليفون مثلا في بلد الغصب الى وكيل المغصوب منه، ولم يكن حرج ونحوه على الغاصب، وطلبه منه في بلد آخر، وجب عليه الدفع لوجوب فورية رد الغصب ، كما انه اذا أراد الغاصب رد الغصب في بلد آخر الى مالكه، وامتنع المالك بدون نقص قيمة وبدون محذور على المالك ، كان للغاصب مراجعة الحاكم باجباره على القبول .

أما اذا كان نقص قيمة في بلد يريد الغاصب اعطائه له ، أو كان محذور على المالك ، مثل انه لايتمكن مثلا ، الا بمؤنة في نقل المغصوب الى البلد الاول ، أو ماأشبه ذلك ، فليس للغاصب الجبر .

(الثالثة) : لو قال انسان لطفل : أحفر بئراً أوماأشبه ، فحفر الطفل فسقط الحائط عليه ومات أوعطب ، فالظاهر انه ان كان خطراً كان ضامناً ، وان لم يكن خطراً لم يكن ضامناً ، سواء علم الامر بالخطر أولم يعلم .

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٠٩ الباب ١ من كتاب الغصب ح ٣ .

أما الضمان مع الخطر فلانه هو السبب عرفاً ، وعلمه وجهله لامدخلية له في صدق المسبب وعدم صدقه ، وأما مع عدم الخطر فلايعد ذلك سبباً .

ولايفرق في الحكم بين أن يكون الامر أجنبياً أوولياً، فالاب الذي يرسل طفله الى المدرسة في حال كون الطريق مخطوراً يكون ضامناً ، والاجنبي الذي يرسل الطفل الى السوق ليشتري البضاعة له، ولم يكن الطريق مخطوراً، وانما حدث العطب أوقتل اتفاقاً ، لايكون ضامناً .

أما الضمان في الاول عليهما ، فلانهما السبب عرفاً ، وأما عدم الضمان في الثاني عليه ، فلانه ليس بسبب عرفاً ، ولايصدق عليه انه قتله .

أما اذا أرسل انساناً كبيراً الى محل مخطور ، فان كان المرسول جاهلا بالخطر ، كان الضمان على الامر ، لانه غره، والمغرور يرجع الى من غر، وان كان عالماً لم يكن ضامناً ، لانه لاغرور ولاسببية .

ومن ذلك يظهر ، حال العامل الذي يصعد فوق العريش ليبني السقف ونحوه ، فانه اذا كان العريش خطراً ، وكان العامل جاهلا ، كان الامر ضامناً ، بخلاف ماذا لم يكن العريش خطراً ، وانما حدثت مثلا زلزلة سببت سقوط العامل وعطبه، أوكان خطراً ، ولكن كان العامل أيضاً عالماً بالخطر، فان الامر ليس بضامن في هاتين الصورتين للاصل وغيره .

وبذلك يظهر وجه النظر في قول المحقق القمي، حيث قسم المسألة الى أربع صور :

صورة اجبار الامر فيضمن مطلقاً .

وصورة عدم اجباره مع جهل الطفل بالخطر وعلم الامر، فالضمان أيضاً.

وصورة علم الطفل والامر معاً ، مع كون الطفل قادراً عن التحرز عن الخطر ، فلاضمان ، و مع كون الطفل ليس بقادر فالصلح ، قال : وان كان مقتضى فتوى أكثر العلماء في هذه الصورة الاخيرة عدم الضمان ، ومواضع النظر في كلامه (رحمه‌الله) يظهر مما تقدم .

(الرابعة) : اذا غصب ماء غيره و أشربه بستانه مثلا ، فاللازم عليه أن يرده عليه مثلا بمثل ، لانه مثلي عرفاً ، واذا أراد الرد عليه ، فاللازم ملاحظة القيمة لاملاحظةالحجم فاذا غصب منه الماء في أيام الصيف و كل كر بدرهم وأراد رده عليه في أيامالشتاء و كل كربنصفدرهم يجب عليهأن يرد مقابلالكر كرين ، واذا انعكس فبالعكس ، لما تقدم من ان الاعتبار في هذه الامور مع اختلاف القيمة زماناً أو مكاناً ملاحظة الروح لا ملاحظة الجسم ، فان مع ملاحظة الروح يصدق أن الغصب مردود و نحو ذلك .

وبذلك يظهر وجه النظر في كلا كلامي المحقق القمي حيث :

أولا :جعل الماء قيمياً ،قال :لانه لايمكن تحديده بالكيل والوزن .

وثانياً:جعل القيمة قيمة وقتالغصب،لاوقتالاداء،وقال : انه مثل الحنطة اذا غصبها ، فاللازم أن يرد في بلد آخر بقيمة بلد الرد ، وان كانت قيمة بلد الرد أغلىمن قيمة بلدالغصب، اذ يرد عليه ان الماء مثلي، وان لم يكلويوزن لان الاعتبار بالساعات ونحوها، ولادليل على أن كل مالا يكال ولايوزن قيمي كما يرد عليه ان الاعتبار بالقيمة وقت الرد ، لابالقيمة وقت الغصب ، وقد عرفت الاشكال في مثاله بالحنطة في بلد الغصب وبلد الرد في بعض المسائل السابقة .

ومنه يظهر ، انه لا وجه لتردد العلامة في القواعد بين الجسم والروح ، بل اللازم اعتبار الروح فيمالا أثر للجسم عرفاً، قال: ولو خرج المثل باختلاف الزمان أو المكان عن التقويم ، بأن أتلف عليه ماءاً في مفازة ثـم اجتمع على نهر ، أو أتلف جمداً في الصيف ثم اجتمع في الشتاء ، احتمل المثل وقيمة المثل في تلك المفازة أو الصيف .

ولذا اختار الايضاح القيمة ، حيث قال في محكى كلامه : وجه المثـل اطلاق النص بوجوب المثل ، واختلاف الزمان والمكان اختلاف في امـور خارجة عن الماهية وصفاتها، ثم حقق ان المماثلة هل هي بأعتبار اتحاد الماهية أو مع التساوى في المنافع والقيمة؟ والمتعارف في الاصول الاول ، وبأعتبار المالية الثاني ، وهو الاصح ، لان الاعتبار في المعاملات والضمانات بالقيمة لعدم ملك مالا قيمة له وعدم ضمانه ، فلا تصح المعاملة عليه ، فتكـون معتبرة في المماثلة من جهة المالية ـ انتهى .

وقد ذكرنا في بعض المسائل السابقة عدم الفرق في أعتبار المالية ، بين ان قلّت المالية أو سقطت ، لان الدليل و المـلاك واحد فيهما ، اذ الاعتبـار عقلائي .

وكما ان العقلاء لايبذلون المال في مقابل مالا مالية له ، كذلك لايبذلون المال الكثير في مقابل المال القليل أوبالعكس، من غير فرق عندهم في ذلك بين البيع والاجارة والغصب وسائر المعاملات، الا اذا كانت المعاملة محاباتيه وكذلك نقول بهافي الغصب ، فانه اذا أغتصب منه ماقيمته دينار فرد الغاصب ربع دينار وقبله محاباتاً لابأس بذلك، وانما الكلام في مقتضى الاصل والقاعدة.

وبذلك ظهر وجه النظر في اعتبار المثل ، ولادليل على ذلك الا ماذكره مفتاح الكرامة من اطلاق الاجماع ، والفتاوي على وجوب المثل في المثلى من دون تفاوت بالزمان والمكان، وفيه نظر ، لان الاجماع والفتاوي منصرفة عن ذلك .

ولذا كان المحكى عن التذكرة والدروس وغيرهما القيمة .

بل عن جامع المقاصد نسبته الى الاصحاب وغيرهم، وقال: لامحيد عن مختار الاصحاب وغيرهم .

أما احتمال الفرق بين السقوط عن القيمة والقيمة القليلة، بوجوب القيمة في الاول والمثل في الثاني بدليل انه لما خرج عن المالية بالكلية خرج عن كونه واجباً ، فتعين الرجوع الى قيمة المغصوب ، فلو بقى له قيمة ، وان قلّت فالمثل ، كما صرح بذلك جامع المقاصد ، فقد عرفت وجه النظر فيه.

ثم ان المحكى عن التذكرة انهما لو اجتمعا في مثل تلك المفازة أو في الصيف ، وقد أخذ القيمة هل يثبتا لتراد؟ الاقوى عندي المنع ، واستجوده المحقق الثاني بأن المثل ليس هو عين المال ، وقد انحصر الحق فيما أخذه ـ انتهى .

وهذا كما ذكره لما ذكره، الا اذاكان أخذ القيمة من باب بدل الحيلولة كما ألمعنا الى ذلك في بعض المسائل السابقة، فان بدل الحيلولة يسقط عن البدلية اذا أمكن الاصل .

ولو انعكس الفرض بأن غصب منه الجمد في الشتاء ، أو الماء في النهر ثم ابتعد عن النهر، أو صار في الصيف، فانه لاحق للمغصوب منه في تطلبهما منه حيث ان المغصوب لاقيمة له ، ممالا قيمة له لايكون على الغاصب مثله ،

الا في زمان أو مكان يرجع الامر الى عدم القيمة أيضاً لوجود حق الاختصاص فللمغصوب منه الحق في تطلب مثل ذلك الجمد في الشتاء ، ومثل ذلك الماء على النهر الا أن يكون الامر غير عقلائي ، فلاوجه لحق الاختصاص أيضاً ، اذ الحقوق عرفية قررها الشارع، فاذا لم ير العرف الحق فلاحق شرعاً، ومثل ذلك يقال في قطع الخزف وماأشبه .

وقد ظهر مما تقدم انه لو غصب منه الجمد مثلا في وقت قيمته درهم ، وأراد استرجاعه منه في وقت قيمته ربع درهم ، فحقه في درهم، والظاهر ان حقه في العين والتتمة مقدماً على القيمة ، لان العين أقرب .

وقد ذكرنا في بعض المسائل السابقة ، انه لو غصب منه ألف تومان في الكويت مثلا وأراد منه الردفي ايران، وقيمة التومان في ايران ضعف قيمته في الكويت فالواجب عليه أعطائه نصف ذلك كما انه لوغصب منه في ايران وأراد منه في الكويت فالواجب عليه أعطائه ضعف ماغصبه وقد ألمعنا في بعض الكتب الاقتصادية الى ان في المقام اموراً أربعة : المكوس، والتضخم، وخطر التحطم الاقتصادي ، وفروق التجارة ، وان ماعدا الاول محلل ، بينما الاول محرم .

أما وجه تحريم الاول فهو ماذكر في الشريعة الاسلامية، حيث لعن العشارين وجعل لهم عقاباً متزايداً ، فانه عبارة عن مال تأخذه الدولة اعتباطاً من الناس، لاجل مصارفها التي أملاها عليها الاستبداد والجهل .

بينما فروق التضخم والتنزل قاعدة عقلائية، لان الاعتبار عند العقلاء بالقوة الشرائية لابالحجم ،كما ان خطر التحطم الاقتصادي الموجب لمنع البضاعة دخولا أوخروجاً من الدولة مقتضى قاعدة لاضرر ، فانه كما لايصح الاضرار

بالافراد ، كذلك لايصح الاضرار بالمجموع من حيث المجموع ، فان دليل لاضرر شامل لهما .

أما فروق التجارة ، فهي وان كانت بالاخرة ترجع الى التضخم والتنزل، لكن فروق التجارة غالباً تكون بسيطة، بمعنى ان التاجرالذي يجلب المال من بلد الى بلد، هذا التاجر قد صرف على ذلك المال، عمره وماله ، فله أن يأخذ شيئاً قبال عمره وماله المصروف في البلد الذي جلب اليه البضاعة ، والغالب أن تكون البضاعة في البلد المجلوب منه أرخص من البلد المجلوب اليه .

وكذلك الحال في فروق التجارة في اختلاف شروط الزمان ، بأن يجمد المال في الشتاء للصيف، أوفي الصيف للشتاء، حيث كثرة الطلب فيأحدهما دون الاخر بمقتضىقاعدة العرض والطلب، وقد ألمعنا الى بعض هذه الكلمات بشيء من التفصيل في كتاب : [الفقه الاقتصاد] وغيره .

(الخامسة) : لو غصب من انسان شيئاً وباعه ، وكانت العين موجودة عند المشتري ، فأبرء المغصوب منه الغاصب مما له عليه ، فالظاهر سقوط حقه عن العين ، فلا حق للمغصوب منه مطالبة العين من المشتري ، سواء كان الغاصب والمغصوب منه عالمين أو جاهلين أو بالاختلاف ، لان معنى الابراء انه لايريد منه حقه ، من غير فرق بين أن يكون الابراء صادراً من المالك ، أوصادراً من ورثته بعده ، أو صادراً ممن نقله المالك اليه ، مثلا : بعد غصب زيد من عمرو ، وبيع زيد لخالد ، باع عمرو المال لخويلد ، حيث انه ماله ، فابرء خويلد الغاصب مما فيذمته .

وكذلك اذا ابرء أحد الثلاثة منالمالك والوارث والمنتقل اليه المشتري

أو المنتقل اليه المال ، فكما انه له الحق في الرجوع الى أيهما ، واذا رجع الى أيهما لايحق له الرجوع الى الاخر، كذلك له الحق في ابراء أيهما، واذا ابرء أيهما بمعنى اسقاط المال اطلاقاً، لايكون له الحق في الرجوع الى الاخر.

كما ان الحكم كذلك اذا مات الغاصب وكان المغصوب منه حياً ، فابرء الميت عماله عليه .

ومنه ظهر وجه النظر في قول المحقق القمي بعدم صحة ابراء الميت الذي كان غاصباً عن العين ، قال : لان نقل العين الى الميت لامعنى له .

وفيه : انه عرفي ، وقد قرره الشارع ، وليس هذا من نقل العين الى الميت بل من ابراء الميت وفرق بين نقل العين، وبين الابراء عرفاً، والشارع حيث لم يغير العرف فهو مصدق له ، بل قد ذكرنا في [كتاب الارث] عدم بعد صحة نقل العين الى الميت أيضاً .

ولذا قرر الفقهاء ان الجد اذا مات ينتقل المال الى الولد ومن ثم الى الحفيد مع ان الولد مات قبل الجد ، ويكون أثر ذلك ان الحفيد يرث ارث الاب ، لاان الحفيد يرث ارث نفسه، فولد البنت يرث نصف بنت الولد، وهذا الانتقال الى الميت ثم الى الحي اعتبار عقلائي قرره الشارع ، كما يفهم من كلام جماعة من الفقهاء .

ومن ذلك يظهر، مسألة تعاقب الايدي على المغصوب ، حيث ان المغصوب منه لو ابرء أحدهم بمعنى اسقاط المال برء الجميع ، وليس حال الغصب حال البيع في تعاقب الايدي ، حيث فيه تفصيل ذكره الشيخ المرتضى في المكاسب فان اجازة الوسط يقتضي صحة المتأخر لا المتقدم ، والله سبحانه العالم .

(السادسة) : اذا كان زيد يطلب من عمرو مالا ، وعمرو ليس بمستعد ان يؤديه اليه فاغتصب الظالم من عمرو شيئاً وباعه بقيمة رخيصة ، فالظاهر ان لزيد الطالب ان يشترى ذلك الشيء من باب التقاص ، كما أفتى به المحقق القمي، وكذلك اذا وهبه الغاصب لذي الحق ،فان له القبول من باب التقاص على شرط وجود شرائطه ، من غير فرق في المسألتين بين أن يكون الغاصب عالماً بكونه غاصباً أو جاهلا بأن تصورانه حقه ، لاطلاق دليل التقاص .

ومنه يعرف حال ماذا أمر الظالم زيداً بأن يقتل عمرواً وزيد يطلب من عمرو قتلا ، حيث قتل عمرو أباه ، فان له الحق في أن يقتل قاتل أبيه، وان كان منطلقاً في ذلك من أمر الامر بالقتل ، بل لوقتله وهو لايعلم انه يطلبه قتلا وقع القتل في قبال ذلك القتل قصاصاً ، وان كان متجرياً في القتل .

وكذلك اذا لم يكن متجرياً بأن زعم انه سب الرسول ﷺ مثلا ،فقتله جزاءاً لذلك ، ثم ظهر انه لم يكن ساباً ، وانه كان قاتل أبيه ، اذ لا دليل في القصاص على لزوم النية في مثل المقام، بل وكذا لورمى سهماً بقصد قتل حيوان فقتل قاتل أبيه ، فانه يكون قصاصاً .

(السابعة) : لايجوز جعل الروشن الى دار الغير وحانوته ورحاه وما أشبه اذا عد ذلك عدواناً عرفاً .

نعم اذا لم يعد عدواناً عرفاً ، كما اذا جعل في أعالى الحائط مما لايشرف على دار الغير ، ولا يدخل منه الاذى الى داره ، ومحله لم يكن به بأس ،واذا كان الروشن جائزاً، أو غيرجائز لم يجز ان يجعل مستعمرة النحل في الروشن لان ذلك يسبب انتشار النحل في داره وأذيته له باللدغ وغيره .

أما اذا جعله ثم انتشر النحل في داره وامكنه ان يطيرها ، فـاذا لم يكن التطيير موجباً لتلف النحل على صاحبه بأن يذهب ولايعود ، فهو جائز بـلا اشكال وهو مثل ان يخرج دابة الغير من داره اذا دخلتها .

أما اذا سبب ضرراً بانكان النحل يذهب ولايعود ، فالظاهر لزوم مراجعة الحاكم للحسم لهذا العدوان ، وكذلك اذا دخلت دابة الغير دار انسان وكان فياخراجها تلفاً لها لم يجز الاخراج الا بمراجعة الحاكم ، لانه كما لايجوز له ان يضرر جاره كذلك لايجوز للجار ان يضره وادخالالدابة عدواناً فيدار الغير أو النحل لا يجوز تضرير الجار لصاحب الدابة وصاحب النحـل لان ﴿جزاءُ سيئة سيئة بمثلها﴾[١] ﴿فمن أعتدى عليكمفأعتدوا عليه بمثل ماأعتدى عليكم﴾[٢] وليس اتلاف الدابة والنحـل مقابلة بالمثل ، وانما هو أكثر ، فاذا أدخـل قطيعه مثلا دار زيد عدواناً ، واذا أخرج المالك قطيعه مـن دار نفسه سبب تلف الذئب ايـاه ، فهل يمكـن ان يقال : بجواز ذلك بـدون مراجعة الحاكم ، وملاحظة الاهم والمهم ؟ فهو مثل ان يقطـع انسان يد انسان عدواناً فيقتل الانسان المجنى عليه الانسان الجاني مثلا ، والحـاكم الشرعي يلاحظ الاهمية والمراجحات الخارجية ، ويحكم علىطبق ذلك ، وقد تقدم شبههذه المسألة في اضرار أحد الجارين بالاخر .

ثم انه ان دخلت الدابة دارالجار ، أو النحل داره أو ما اشبه ، لـم يجز لصاحب الدابة والنحل انيدخل الدار التيهي ملك الغير لاخراج دابتهونحله

---

(١) سورة الشورى : آية / ٢٧ .

(٢) سورة البقرة : آية / ١٩٤ .

بدون اذنه ، وانما اللازم الاستجازة واذا لم يجز كان المرجع الحاكم الشرعي أيضاً .

ولو دخل بدون الاذن ، وكان بدخوله داره الاجرة عرفاً حق له ان يأخذ الاجرة منه ، كما حق له ان لايجيز له دخول داره الا بالاجرة .

نعم ، الظاهر انه لاحق له في الاجرة الزائدة بأن يقول : اني لا آذن لك في دخول داري الا بأجرة مضاعفة ، اذ الاجحاف ممنوع شرعاً وعقلا ، كما ذكرناه في بعض كتبنا الاقتصادية .

وبذلك يظهر وجوه النظر فى كلام المحقق القمي في مثل المسألة ، حيث أجاز مطلقاً جعل الروشن الى دار الجار ، ونقل عن العلامة في صلح التذكرة جواز اخراج حيوان الغير من الدار اذا لم يسبب الاتلاف ، ولو تلفت لم يكن على صاحب الدار غرامة ، لانه لايلزم على الانسان حفظ مال غيره في داره وظاهره ان اللازم على صاحب الدار اجازة مالك النحل في دخول داره .

(الثامنة): هل يصح للمغصوب منه ان يبيع المغصوب الغاصب بقصد التقاص؟ الظاهر نعم ، فاذا قصد البيع حقيقة وقع البيع حقيقة ، أما اذا لم يقصد البيع حقيقة يكون تقاصاً ، وحينئذ يكون ما أخذه مما ظاهره الثمن بدل حيلولة ، لا انه ملكه .

نعم اذا تصرف الغاصب في المغصوب ، والمالك في الثمن ، بأن أتلفا المالين وقع التهاتر القهري، لكن اذا كان المغصوب أكثر ، كان الغاصب ضامناً للاكثرية ، كما ان الثمن اذا كان أكثر كان المالك ضامناً له ، لانه لم يكن بيع في البين .

والى هذه المسألة أشار المحقق القمي وأفتى بما ذكرناه بدون ذكر الفرع الاخير ، أي أكثرية أحدهما عن الاخر وحصول التهاتر ، ويترتب على مسألة التقاص بعنوان بدل الحيلولة انه اذا تمكن المالك من ماله لزم عليه ارجاع الثمن وأخذ ماله ، لانه لم يحصل التبادل .

واذا اختلفا في ان البيع كان حقيقة أو تقاصاً ، فالمرجع قصد المالك الا ان يدعي الغاصب عليهقصده البيع حقيقة، فله عليهالحلف اذا لم يقم الشاهدين على مدعاه .

(التاسعة): اذا أعطى انسان مالا مغصوباً بيد غيره ضمن ذلك الغيرالاخذ سواء علم بالغصب، أولم يعلم، وسواء علم بالغصب بعد ردّه الى المعطي أو قبل رده الى المعطي كماهو مقتضى دليل اليد[1] وغيره، وقد أفتىبذلك المحقق القمي أيضاً .

نعم ، اذا علم بانه مال الغير ، لميجز له التصرف فيه ، ولا ارجاعه الى الغاصب، كماهو مقتضي القاعدة، ودل عليه أيضاً بعض الرواياتالواردة فيمن وضع عنده السراق شيئاً مسروقاً .

فقد روي حفص بنغياث قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام، عن رجل من المسلمين أودعه رجل من اللصوص دراهم أو متاعاً، واللص مسلم، هل يرد عليه ؟ فقال: لايرده، فان أمكنه ان يرده على أصحابه فعل ، والا كان في يده بمنزلة اللقطة يصيبها فيعرفها حولا، فان أصاب صاحبها ردها عليه والا تصدق بها، فان جاء طالبها بعد ذلك خيره بين الاجر والغرم ، فان اختار الاجر فله

---

(١) المستدرك : ج ٢ ص ٥٠٤ الباب ١ من كتاب العارية ح ١٢ .

الاجر، وان اختار الغرم غرم له، وكان الاجر له[1]، ومحل تفصيل الكلام في هذه المسألة في[كتاب اللقطة] .

(العاشرة): لو غصب صغير أومجنون مالا من انسان، فان كان له مال فالواجب على الولي كالاب أوالحاكم اعطاء بدله ان أتلفه والا أعطاه بنفسه ، لانه بمقتضى ولايته مكلف بالقيام بشئونه، وهذا من شئون القاصر، ويؤيدذلك ماذكروه في باب كفارات الحج، ممادل عليه الروايات، أوعرف منها بالمناط مثل انه اذا صاد طيراً وجب على الولي افلات الطير من يده وهكذا .

واذا لم‌يكن له مال ، فان‌كان الولي سبباًكان عليه، لان السبب أقوى من المباشر، وكذا اذاكان غيرالولي سبباً، اذ لايفرق في لزوم الشيء على الاقوى بين كونه ولياً أو غير ولي ، وأما اذا لم‌يكن الولي وغيره سبباً ، لم يكن على الولي شيء، وانمايصبرحتى يبلغ الصبي ويفيق المجنون فيجب عليهما الرد كسائر المديونين .

نعم، اذا لم‌يحصل لهما مال لايبعد أن يكلف بيت المال باداء دينهما، لان بعض بيت المال للغارمين ، سواء بقيا أو ماتا ، وقد ورد: ان من ترك مالا فلورثته ، ومن ترك ديناً فعلى امام المسلمين. كما ذكرنا تفصيله في [كتاب الزكاة] وغيره .

بل‌لايبعد ان يكون على بيت المال أداء دين الصبي والمجنون اذا لم‌يكن لهما مال، اذ عدم ايصال الدين الى صاحبه مدة طويلة اضرار به ، فلاينتظر بلوغ هذا وافاقة ذلك حتى يكتسباهما ويؤديا الدين، والظاهر انه لا فرق في وجوب الاداء على بيت المال بين ان صرف المغصوب المجنون في‌الطاعة أو في المعصية .

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٦٩ الباب ١٨ من أبواب اللقطة ح ١ .

أمافي الطفل المراهـق مثلا، فهل هو كذلك، أوخاص بما اذا صرفـه في الطاعـة لما دل في باب الزكاة من انـه لا يؤدي الامام الدين المصروف في المعصية؟ احتمالان من اطلاق تلك الادلـة ، ومن تقييدها بمادل على ان عمد الصبي خطأ .

أما اذا لم يكن معصيـة على الطفل كلبس الحرير والذهب فلااشكال، اذ المسألة فيماكان معصية عليه، كما اذا غصب مال زيد وشرب به الخمر .

قال المحقق القمي: في غصب الطفل مال غيره بانه انكان له مال تعلق به وان لم يكن له مال تعلق بذمتـه ، وان هذا لاينافي عدم التكليف، كماصرحوا بذلك في مواضع متعددة، مثل مااذا وطـأ الطفل حيوانـاً، حيث يحرم لحمه وقيمته تتعلق بذمة الطفل الى مابعد البلوغ اذا لم يكن له مال والا كان فيماله رده عليه ولي الطفل،كماذكروا انه يجب على الولي رد البيض والجوز اذا حصلهما الطفل بسبب القمار .

قال: والرد فوري، فاذا لم يرد الولي ضمن الولي، ولا منافـاة بين ضمان الولي وضمانالطفل، واذا لم يرد الولي المال وكبر الصغير وجب علىالصغير بنفسه الذي كبر ان يرد المال ـ انتهى .

لكن لنا في مسألـة وطيء الطفل للحيوان، ومسألـة ضمان الولي اذا لم يدفع من مال الصغير نظر، حيث لانرى شمول دليل الوطـي للصغير ، كما ذكرنا مثله فيمااذا لاط بصغير آخر، حيث لايعلم حرمة الاخت والام والبنت بالنسبة الى الواطي الصغير، كما ان ظاهـر كون الوجوب على الولي انـه تكليفـي لا وضعـي حتى يقال بضمان الولي اذا لم يدفع ، وانـّما عدم دفعـه معصية .

ثم ان الصغير الغاصب اذا دفع بنفسه نفس المال المغصوب، فلاشك انه يجوز للمغصوب منه أخذه، لانه ماله يأخذه أين وجده، وأمااذا أراد الدفع من مال نفسه، فالظاهر انه لايحق للمغصوب منه أخذ بدله من الصغير، اذ لا حق للصغير في تعيين مافي ذمته في شيء خاص من أمواله، لانه تصرف هو محجور منه، فاللازم على الغاصب أن يراجع الولي كالاب والجد، ومع عدم التمكن منهما ان د اجع الحاكم في أخذ البدل، واذا لم‌يمكن الحاكم لم يستبعد أن يأخذه من باب التقاص، لعموم دليل التقاص .

وأمااذا سلب حيوان شيئاً من انسان، أوكسره وأتلفه، فالظاهر انصاحب الحيوان اذا لم‌يكن سبباً لذلك لم‌يكن عليه ضمان ، ومثل صاحب الحيوان في‌الضمان اذا كان‌انسان آخر ليس صاحباًله سبباً، كمااذا شرد زيد دابة عمرو فكسرت شيئاً، وكذلك بالنسبة الى الراعي ونحوه .

(الحادية‌عشرة): لوجاء زيد وقال لعمرو: ان خالداً قال: أعرني سيارتك فأعطاها فركب الواسطة السيارة وأسرع في‌المشي حتى عطبت، ثم ان خالداً أنكر انه قال لزيد ذلك، وانه طلب العارية، فلاشيء على خالد من الضمان ، سواء حصل التعدي في السيارة أم‌لا ؟ فان شرط المالك الضمان، أوكان تعدد من‌الراكب فلااشكال في ضمانه، سواء أسرع بالسيارة لضرورة أو لالضرورة كما اذا أراد النجاة من عدو أو سبع أوماأشبه، اذ مع شرط الضمان حتى في العارية الصحيحة ضمان، فكيف هنا ، وكذلك مع التعدي والضرورة الى التعدي لاتوجب عدم الضمان، لعدم المنافاة في الجمع بين الامرين، وأمر الشارع بانجاء نفسه كأمره بأكل مال‌غيره في‌المخمصة .

ومنه يعلم، الحال فيمااذاكانت الضرورة نجاة الغير لا نفس المستعير، بل وحتى اذا كان نفس المعير .

وأما اذا لم يكن تعد، فالظاهر أيضاً الضمان، لقاعدة اليد ونحوها ، ولا يشمل المقام مالايضمن بصحيحه لايضمن بفاسده لانها ليست عارية فاسدة ، بل المالك زاعم انه عارية، فهو مثل ماإذا أخذ المستعير مال المالك بزعم ان المالك أعطاه عارية، ولم يكن المالك أعطى الشيء عارية، حيث ان التلف يوجب الضمان على الاخذ، ومثله ماإذا أعطى انسان مال غيره بزعم انه ماله عارية، فان التلف لايوجب رفع الضمان على المعطي الذي هو ليس بمالك في الواقع، بزعم ان مالايضمن بصحيحه لايضمن بفاسده يشمل المقام، اذليس ذلك عارية فاسدة .

ومنه يعلم، حال ماإذا كان الاسراع بالسيارة لاجل نجاة السيارة، وانه أيضاً ضامن، سواء ظهر كذب المستعير أم لا؟ بأن لايعلم صدقه أو كذبه، لاطلاق دليل على اليد. ومنه يعلم، ان فتوى المحقق القمي بأنه لاضمان على المسرع غير ظاهر الوجه .

نعم، اذا ظهر صدقه لم يكن عليه شيء، لان العارية لاضمان فيها اذا لم يكن تعد أوتفريط .

(الثانيةعشرة): لوأجرى نهراً في أرض موقوفة، فان لم يكن للمتولي أو البطون ذلك، كان اللازم على المجري طم الحفر وارجاع الارض كماكانت ولاشيء لسعيه ، وانكان للانسان ماسعى، لانه سعي حرام، كما اذا سعى في القيادة والدياثة .

لايقال: فكيف قلتم في السابق ان السعي وان كان حراماً لكن للساعي نتيجة عمله ؟

لانه يقال: ذلك فيمالم يكن نتيجة السعي مبغوضاً للشارع، أما اذا كانت محرمة فلا، كما اذا صنع خشب الغير صنماً أوتمره خمراً، وان زادت قيمتها السوقية لدى غير المتدينين، والمقام مما نتيجة سعيه حرام، لان الوقوف حسبما وقفها أهلها .

أما اذا كان لهما ذلك، ولم تزد قيمة الارض بحفر النهر فلااشكال انلهما أمر الحافر بطم الحفر، كما ان لهما الابقاء ولا شيء للحافر لفرض عدم زيادة القيمة .

نعم اذا زادت القيمة، فقدتقدم ان المشهور يقولون ان للمالك الزام الحافر بطم الحفر في مسألة حفر البئر لكنا أشكلنا في ذلك بانه اذا زادت القيمة فلايبعد أنتكون الزيادة للحافر، كما اذاكانت قيمة الارض مائة فصارت بسبب حفر النهر ألفاً .

وكيف كان، فللحافر أن يستأجر الارض من المتولي، أوالبطن فيالوقف الذري، وقدأشار الى بعض ذلك المحقق القمي .

نعم لاحق في الاشتراء، لانالوقف لايباع الا في مواردخاصة، والمفروض ان المسألة ليست من تلك الموارد، واذا أجرها البطن بأكثر من حقه يحق للبطن الثاني ابطال الاجارة وابقائها لانها وقعت فضولية في حقهم، وهكذا بالنسبة الى المتولى الثاني .

فصل

فى التنازع

وفيه مسائل :

(مسألة ـ ١ ـ) قال في الشرائع: اذا تلف المغصوب وأختلفا في القيمة فالقول قول المالك مع يمينه وهو قول الاكثر، وقيل: القول قول الغاصب وهو أشبه .

قال في مفتاح الكرامة : ان القول الاول نسبه الى الاكثر الشرائع و التحرير، وانه وجد القول المذكور للمقنعة ونهاية الشيخ فقط، ولم يجد لهما ثالثاً بعد فضل التتبع .

أمّا القول الثاني: فهو خيرة الخلاف والمبسوط والسرائر فى موضعين منهما والشرائع والنافع والتذكرة والتحرير والارشاد والتبصرة والمختلف والايضاح والمقتصر والتنقيح والدروس واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة والرياض، وقد نسبه فى المسالك والكفاية الى المتأخرين ، وفي الرياض الى عامتهم .

أقول: ويظهر من العلامة نوع تردد في الحكم حيث قال في القواعد : لواختلفا في تلف المغصوب قدم قول الغاصب مع يمينه ، وكذا لوتنازعا في القيمة على رأى ، والظاهر هو قول المشهور لاصالة برائة ذمته باعتبار انه غارم ومنكر كمافي الجواهر، تبعاً لغيره، وتبعه غيره، واستدل لقول الشيخين بصحيحة أبي ولاد، حيث سأل، فمن يعرف ذلك (أي القيمة)؟ قال عليه السلام: أنت وهو، أما ان يحلف هو على القيمة فتلزمك، وان رد اليمين عليك فحلفت على القيمة لزمك ذلك.(١)

كماانه يؤيده الاعتبار بأن المالك أعرف بقيمة ماله من الغاصب بالاضافة الى ماذكروه مكرراً من ان الغاصب يؤخذ بأشق الاحوال، لكن الاعتبار لا دليل عليه، وقد ذكرنا فيماسبق انه لادليل على انه يؤخذ بأشق الاحوال ، فليس في المقام الا الصحيحة ، فان ثبتت دلالتها لزم العمل بها مقدماً على الاصل، وكأنه لذا كان المحكى عن الكفاية القول بانه لايبعد ترجيحه، وعن الرياض لولا اطباق متأخري الاصحاب على العمل بالاصل العام، واطراح الرواية لكان المصير اليها في غاية القوة .

أما لو انعكس بأن ادعى المالك الاقل ، والغاصب الاكثر ، وانما ادعى الغاصب الاكثر ، والمالك الاقل ، أما لاعتقادهما بذلك ، وأما لانه اذا وافق المالك على انه الاكثر ، كان هناك غاصب يأخذ الضريبة مثلا كما في الحال الحاضر ، فان القول قول المالك للاصل .

وأما بالنسبة الى الزيادة ، فالغاصب يعمل حسب مايعتقده ، فان كان عالماً

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣١٢ الباب ٧ من أبواب الغصب ح ١ .

بأنها للمالك وجب عليه ايصالها، لانه ليس معنى قول المالك انه أقل ان المالك أبرء الغاصب من الزائد حتى يسقط عما في ذمته، كما انه كذلك لو كان الامر في العين ، مثلا : غصب منه الحنطة ، ولما يريد رده اليه يدعي الغاصب انّه عشرة أمنان، ويقول المالك : بل تسعة أمنان ، فان اللازم على الغاصب اذا اعتقد مايقوله ان يرد على المالك المن الزائد ، واذا لم يمكن الرد سلمه الى الحاكم الشرعي لانه ولي الممتنع .

ثم ان الشرائع قال : أما لو ادعى مايعلم كذبه فيه مثل أن يقول : ثمن الجارية حبة أو درهم لم يقبل .

وفي الجواهر : قطعاً للعلم بكذبه .

وقال في القواعد : مالم يدع مايعلم كذبه كالدرهم في قيمة العبد .

ونقل مفتاح الكرامة هذا القول عن التحرير والايضاح وجامع المقاصد والمسالك والروضة قال : ولعل ترك هذا القيد في المبسوط وغيره من بقيّة الكتب المتقدمة لمكان ظهوره ، وفي الكفاية قيل : لايقبل ، فظاهره التوقف وهو في غير محله ـ انتهى .

وهو كما ذكره السيد العاملي ، اذ لاوجه للاصل مع العلم بخلافه ، من غير فرق بين أن نعلم كذبه خبرياً أومخبرياً .

ثم قال مفتاح الكرامة وتبعه الجواهر: وهل يقدم حينئذ قول المالك بيمينه لانتفاء الوثوق بالغاصب حينئذ لظهور كذبه وحصر دعواه فيما علم انتفائه فيلغي قوله بالكلية ؟ أم يطالب بما يكون محتملا فيقبل منه وهلم جرا؟ وجهان صريح التحرير الثاني .

قال في جامع المقاصد : لم أجد تصريحاً بأحدهما وقوى في المسالك

والروضةالثاني اطراداً للقاعدة قال: ولايلزم من الغاء قوله المخصوص لعارض كذبه الغاء قوله مطلقاً ، حيث يوافق الاصل، والاصل يقطع بالخبر الصحيح مع موافقة الاعتبار من وجهين في غير محل الوفاق فتأمل .

أقول : مقتضى القاعدة قبول قوله الثاني ، والثالث وهكذا ، لانّه طبق الاصل الا أن يقال : ان بناء العقلاء في قبول قول ذي اليد ، والاصل لايجريان الا في مورد الوثوق أوالشك .

أما اذا علم بأن هذا الانسان كذاب ، فليس مجرى الاصل، كما لاوثوق من جهة العقلاء ، ولعله يؤيّد ذلك ماورد في رجوع الشاهدين بعد شهادتهما بالسرقة كما ذكرناه في [كتاب الشهادات] .

فعن محمد بن قيس ، عن أبي جعفر عليه السلام قال : قضى أميرالمؤمنين في رجل شهد عليه رجلان بأنه سرق فقطع يده حتى اذا كان بعد ذلك جاء الشاهدان برجل آخر فقالا : هذا السارق وليس الذي قطعت يده انما شبهنا ذلك بهذا، فقضى عليهما ان غرمهما نصف الدية ، ولم يجز شهادتهما على الاخر[1].

وفي رواية السكوني ، عن جعفر ، عن أبيه عليهما السلام : ان رجلين شهدا على رجل عند علي عليه السلام انّه سرق فقطع يده ، ثم جاءا برجل آخر فقالا : أخطأنا هو هذا ، فلم يقبل شهادتهما وغرمهما دية الأول[2].

وفي رواية الصدوق ، عن النبي صلى الله عليه وآله ، انه قال : من شهد عندنا بشهادة ثم غير أخذناه بالاولى وتركنا الاخرى[3].

---

(١) الوسائل : ج ١٨ ص ٢٤٣ الباب ١٤ من أبواب الشهادات ح ١ .
(٢) الوسائل : ج ١٨ ص ٢٤٣ الباب ١٤ من أبواب الشهادات ح ٣ .
(٣) الوسائل : ج ١٨ ص ٢٤٣ الباب ١٤ من أبواب الشهادات ح ٤ .

ثم انه بعد ظهور كذبه لو لم يقل شيئاً، ولم يعين قيمة وبقى المالك على ادعائه ، كان الحال كما اذا ادعى المالك قيمة ولم يقل الطرف شيئاً اطلاقاً، أوقال : اني شاك في قدر مايطلب أو ماأشبه ذلك .

فاذاحلف على نفي ادعاءالمالك بالنسبةالى الزيادة فهو، والا ردتاليمين الى المالك وأخذماادعاه .

قال في الجواهر : ولو اختلفا بعد زيادة قيمة المغصوب في السوق في وقتها فادعى المالك انها قبل التلف والغاصب بعده، فالقول قولالغاصب أيضاً بيمينه ، لانه منكر .

أقول : ان قلنا بأن اللازم القيمة وقت الاداء لم يكن لهذا النزاع أثر، نعم ان اعتبرنا وقت التلف كان كما ذكره الجواهر .

(مسألة ـ ٢ ـ) قال في الشرائع : اذا تلف وادعى المالك صفة يزيد بها الثمن كمعرفة الصنعة ، فالقول قول الغاصب مع يمينه ، لان الاصل يشهد له.

وفي الجواهر : بلاخلاف أجده فيه ، اذ معرفة الصنعة حادث ، والاصل عدمه .

وفي القواعد: وكذا لو ادعى المالك صفة تزيد بها القيمة كتعلم الصنعة، والمراد انه يقدم قول الغاصب مع يمينه ، لانه عطف على ذلك .

وفي مفتاح الكرامة قال : كما في السرائر والتذكرة والتحرير والارشاد والدروس واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة وغيرها .

وقال في الكفاية: انه غير بعيد، لكن في عموم صحيحة أبي ولاد مايخالفه ـ انتهى .

أقول : قد عرفت عدم دلالة صحيحة أبي ولاد على ماذكره لقوله عليه السلام : (يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون انّ قيمة البغل بما اكترى كذا و كذا فيلزمك)[1]، والمراد بتعلم الصنعة أعم من تعلم العبد والجارية، أو تعلم الحيوان ككلب الصيد والقرد والهرة وماأشبه مما هي قابلة للتعليم و التعلّم ، فانّه لاخصوصية للصنعة.

أما لو اتفقا في انه كان يعلم صنعة فقال أحدهما: انه كان يعلم صنعة الكتابة والاخر صنعة الخياطة، وكانت القيمة مختلفة، فانه من التحالف لا من الاختلاف في القيمة ، فان الميزان في المنازعات كيفية الدعوى لاالمآل ، ولذا لو قال أحدهما : كان كتاباً ، والاخر قلماً ، لايلاحظ القيمة ، وانما يكون المرجع

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣١٣ الباب ٧ من كتاب الغصب ح ١ .

التحالف ، وقد ذكرنا تفصيل هذا المبحث في [كتاب القضاء] وفي أواخر الشرح في قبال قول السيد الحكيم (رحمه‌الله) بأن الملاحظ المآل لاالمصب.

وقال في مفتاح الكرامة : وكذا لو كان الاختلاف في تقدمها لتكثر الاجرة لاصالة عدمه وهو كما ذكره ، ولو قال الغاصب : ان الكلب الذي أخذه من داره كان كلب هراش لاقيمة له ، وقال المالك : كان كلب صيود فله القيمة، فالظاهر انه من مورد التحالف أيضاً، لان مصب الدعوى هو المعتبر لاالمآل.

وفي الجواهر : لو ادّعى المالك تخلّل الخمر في يد الغاصب فأنكره الغاصب، فان القول قول الغاصب بيمينه للاصل أيضاً،وهو كما ذكره ، كما انه لو اختلفا في انه غصب منه خمراً محترماً أوغير محترم ، لوضوح انهما شيئان ، فالمرجع التحالف .

وفي الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: أما لو ادعى الغاصب عيباً متجدداً، لكن عندالمالك كالعور وشبهه مماهو عارض للعبد بعدالصحة، وأنكر المالك، فالقول قوله مع يمينه ، لان الاصل الصحة ، سواء كان المغصوب موجوداً أو معدوماً .

أقول : مقتضى القاعدة انه ان كان هناك استصحاب يطابق قول أحدهما أخذ بالاستصحاب، فاذا كان الفرس مثلاً صحيحاً، ثم رأيناه أعور، وقد ادعي المالك انه عور عند الغاصب والغاصب انه عور عند المالك استصحب الصحة، وأغرم الغاصب، واذا كان أعور عند المالك والان أعور، لكن المالك يدعي انه صار صحيحاً عنده ثم غصبه الغاصب ، وقال الغاصب : بل غصبته أعور، كان الاستصحاب في طرف الغاصب .

أما اذا لم يعلم الحالة السابقة، فهل الاعتبار بالمصب ويكون المورد من باب التحالف ؟ أوالاعتبار بالغرامة ، ويكون الاصل مع الغاصب؟ احتمالان، لايبعدالاول، لان العقلاء لايعملون باصالةالصحة فيمثل المقامولادليلشرعياً لها والغرامة ليست محل النزاع ، وان كان النزاع يؤل اليها .

ومن ذلك يظهر وجه النظر في كثير من الاقوال ، كقـول المبسوط في المحكي عنه اذا غصب عبداً فرده وهو أعور فقال سيده : عور عندك ، وقال الغاصب: بل عندك، فالقول قولالغاصب، لانه غارم، فان اختلفا فيهذا والعبد قد مات ودفن، فالقول قول سيده انه ماأعور،والفصل بينهما انه اذا مات ودفن فالاصلالسلامة حتىيعرف عيباً، فكان القول قول السيد، وليس كذلك اذاكان حياً، لان العور مشاهدموجود ورده الحلي في السرائر فيالمحكي عنه بقوله: فانغصب عبداً فرده وهوأعورواختلفا، فقال سيده: عورعندك، وقال الغاصب: بل عندك قدم قول الغاصب، لانه غارم .

وقال بعض أصحابنا: فان اختلفا والعبد قد مات ودفن، فالقول قول سيده انه ماكان أعور، والـذي يقوي عندى ان القول قول الغاصب ، لانه غارم فـي المسألتين، والاصل براءة الذمة ، وهذا الذي ذكره بعض أصحابنا تخريج من تخريجات المخالفين ، والذي تقتضيه اصول المذهب ماذكرناه .

وفي الجواهر : أما الفاضل فقد وقع لهفي القواعد عبارات ثلاثة :

الاولى: لو تنازعا في عيب يؤثر في القيمة، ففي تقديم أحد الاصليننظر.

والثانية : لو ادعى الغاصب عيباً تنقص به القيمةكالعور قدم قول المالك وفي جامع المقاصد انه رجوع عن النردد الى الجزم .

والثالثة: لو ادعى المالك تجدد العيب المشاهد في يد الغاصب، والغاصب سبقه ، فالقول قول المالك على اشكال ـ انتهى .

وأنت خبير بمافي اطلاق كل هذه الكلمات من النظر، فالقاعدة ماذكرناه.

ومنه يعلم، لزوم التحالف فيما اذا اختلفا في الفرس مثلا ،فادعى أحدهما انه كان اعور ، وادعى الاخر انه كان أشل ، وكان العور والشلل يوجب اختلاف القيمة ، فالفرس الاعور مثلا : قيمته مائة ، والفرس الاشل مثلا : قيمته تسعون أو مائة وعشرة ، فانه لايؤخذ بالمآل ، بل بمصب الدعوى ، فاللازم التحالف.

كما ان مما تقدم يظهر ، وجه النظر في قول الدروس ، حيث قال في محكى كلامه : ولو اختلفا في تقدم العيب حلف الغاصب عليه، لانه غارم قاله الشيخ وابن ادريس، ولو قيل يحلف المالك، لان الاصل السلامة وعدم التقدم كالمبيع كان وجهاً .

ولو اختلفا في العيب بعد موته أو انقطاع خبره حلف المالك عند الشيخ والغاصب عند ابن ادريس والاول اصح ـ انتهى .

أما اشكال الجواهر على الدروس من تعارض أصل السلامة وعدم التقدم، فلايخفى مافيه، لان الاستصحاب لايدع مجالا لاصل السلامة فيما كان الاستصحاب على خلافه .

وأما اذا كان الاستصحاب موافقاً له، فلا مجال له من جهة انهما لايجتمعان كما ذكر نحوه الشيخ المرتضى في الرسائل في اجتماع أصل البراءة، واستصحاب البراءة ، حيث ان الاستصحاب لايدع مجالا له، اذ الاثر للمشكوك لا للشك.

ولو ادعى أحدهما انه غصب فرسه الاعور، وقال الاخر: بل فرسه الاعمى

أوقال أحدهما: فرسه الاعور، وقال الاخر: فرسه الصحيح ، كان من التحالف أيضاً باعتبار المصب لاالمآل ، لما ذكرناه من التداعى في أمثال المقام .

قال المحقق الرشتي : لوادعى المالك في المغصوب التالف صفة يزيد بها القيمة فان كانت تلك الصفة أمراً حادثاً كالصنعة والكتابة فالقول قول الغاصب مع يمينه، لاصالة العدم، وان كان أمراً خلقياً كالسواد والبياض، فالظاهر التداعي - انتهى .

فانه لم يلاحظ القيمة التي هي المآل ، وانما لاحظ المصب ، ولذا جعل الامر من باب التداعى ، وكذا الحال في التداعي لو ادعى أحدهما انه غصب منه قلماً ، والاخر انه كتاباً ، وكان القيمة مختلفة ، فان اللازم التداعي .

ومما تقدم ظهر ، حكم مالو قال المالك : غصبته وهو صحيح ، وقال الغاصب : بل كان معيباً ، سواء في الدار أو العقار أو الاثاث أو غيرها، حيث المحكم الاستصحاب ، وان لم يكن فالتحالف ، وهكذا لو اختلفا في انه باعه المعيب أوالصحيح فقال المالك: ان البيع وقع على المعيب، وقال المشتري: بل على الصحيح، فان مقتضى القاعدة التحالف ، ولامجال هنا لاصالة السلامة اذ البيع المطلق منصرف الى السليم .

وكذا اذا قال المالك: ان البيع وقع على المعيب بماهومعيب فالتحالف مثلا:قال أحدهما : بعتك العنب المفرط ، وقال الاخر: بل العنب في عنقوده .

(مسألة ـ ٣ ـ) قال في الشرائع : اذا باع الغاصب شيئاً ثم انتقل اليه بسبب صحيح، فقال للمشتري: بعتك مالا املك، وأقام بينة، هل تسمع بينته ؟ قيل: لا، لانه مكذب لها بمباشرة البيع، وقيل: ان اقتصر على لفظ البيع ولم يضم اليه من الالفاظ مايتضمن ادعاء الملكية قبلت والا ردت .

وقال في القواعد : ولوباع الغاصب شيئاً أو وهبه ثم انتقل اليه بسبب صحيح، فقال للمشتري: بعتك مالا املك، وأقام بينة، فالاقرب انه ان اقتصرعلى لفظ البيع ولم يضم اليه مايتضمن ادعاء الملكية سمعت بينته والا فلا كأن يقول بعتك ملكي، أوهذا ملكي، أوقبضت ثمن ملكي، أو اقبضته ملكي ـانتهى .

وقال في مفتاح الكرامة : وهذا هو معنى ما في المبسوط والسرائر و الارشاد والايضاح والدروس والمسالك ومجمع البرهان، وقد استحسنه في التحرير، ولاترجيح في الشرائع ونحوه مافي المسالك والتحرير من ان في المسألة قولين، مع استحسان الاخير في الاخير، واختياره في الاول، ولم نجد القائل بعدم السماع مطلقاً، لافي الباب، ولافي باب الهبة ولاالاقرار ولاالقضاء حتى ان في المبسوط لم يذكره لاحد من العامة، وانما ذكره احتمالا .

أقول: لكن ظاهر الشرائع كماتقدم ان به قولا ووجهه ماذكره من انه مكذب للبينة لمباشرة البيع الظاهر في انه ملكه، وهذا الوجه ظاهر الضعف، لوضوح عدم اقتضاء ايقاع البيع، مثلا: البيعية على وجه يكون تكذيباً للبينة بحيث لاتكون حجة لتعارف وقوع البيع على ملك الانسان وملك غيره .

وأشكل في ذلك مفتاح الكرامة وتبعه الجواهر بقوله: وعساك تقول: ان اطلاق البيع ينزل على مايملكه، ومن ثم لوباع مالك النصف مشاعاً النصف

انصرف الى نصيبه ولم ينزل على الاشاعة، ولوكان أعم لنزل عليها، فانا نقول: قدتقدم ان احتمال الاشاعة في المثال قد ذكره جماعة، فليس بتلك المكانة من الوهن والضعف، ثم ان القرينة هنا موجودة، فان الظاهر الغالب كون الانسان لايبيع ملك غيره، بل مال نفسه ، فاذا أمكن حمل البيع على ملكه لم يحمل على ملك غيره لهذه القرينة الظاهرة، والعرف المطرد، بخلاف ماإذا باع الانسان مال غيره الذي لايتصور ملك البائع له حالة البيع، فانه لا نفوذ له الا في ملك الغير، لعدم امكان غيره فكان ذلك هو المخصص لهذا الفرد ـ انتهى.

أقول: مقتضى القاعدة انه اذا باع النصف في المشاع مما له نصفه، فانه ان لم يقل شيئاً انصرف الى نصف نفسه انصرافاً عرفياً يتبعه الحكم الشرعي ، كما انه اذا باع الكلي أو الكلي في المعين انصرف الى مال نفسه لامال غيره.

أمّا اذا قال : بعد البيع قصدت في مثل النصف المشاع نصف الغير، أو النصف المشاع الشامل لربعي، وربع غيري، أوبالاختلاف كأن يكون السدس مني والسدسان من غيري، فمقتضى القاعدة انه يقبل قوله ، لانه لايعرف من قبله .

ومنتهى الامر ان للمشتري حق الحلف عليه، حيث لابينة له، وكذا في أمثال المقام ، فاذا كان في صبرة حنطة مَن لزيد ، ومَن لعمرو فباع زيد مناً :

ثم قال: انه قصد من عمرو أونصفي منه ومن عمرو أوبالاختلاف كربع منه وثلاثة أرباع من عمرو كان الحكم كذلك ، وهكذااذا باع كلياً في الذمة بأن باعه مناً من الحنطة، ثم قال: قصدت مناً كلياً في ذمة زيد، لافي ذمتي وفي هذه الصور يقع البيع فضولياً ان أجازه المالك، فهو والا بطل بالنسبة الى

قدر حق المالك فى المشترك .

أما بالنسبة الى قدر حقـه ، فهو صحيح منتهى الامر يكون للطرف خيار الفسخ باعتبار تبعض الصفقة، ثم ان لنـا نظراً فى حكم المشهور المتقدم عن الشرائع والقواعد ومن عرفت، فان البينة لاتدع مجالا للتفصيل الذي ذكروه فاذا قال : بعتك ملكي هذا ثم أقام بينـة على انه لم يكن وقت البيع ملكاً لـه قدمت البينة ، والتعليل الذي ذكروه بانه اذا ضم الى البيع مايدل على كونه مالكاً، فانه مكذب للبينة غيركاف .

اذ قوله: المكذب للبينة يوجب عدمسماع قوله، لا عدمسماع البينة، فان البينة محكمة على الاقرار سابقة كانت على الاقرار أو لاحقة ، مثلا: اذا قال : هذه الدار لزيد وهوساكن فيها، ثم قامت البينة ان الدار لمتكن له حتى ينفذ اقراره فيها، وانما الدار لعمرو بطل الاقراركما ذكرناه في [كتاب الاقرار] وغيـره .

ثم لايخفى انهم اختلفوا في انه اذا باع الانسان مالا يملك، ثم انتقل اليه بسبب صحيح كأشتراء أو ارث أوهبة أونحوها، هل ان بيعه السابق على ملكه يحتاج الى اجازة ، أو ان نفس ملكيته لـه بعد البيع يكون بحكـم الاجازة ، حيث يصح البيع السابق، وهذا الفرع الذي ذكره الشرائع والقواعد وغيرهما مبني على مالولم نقل بأن ملك الفضولي لما باعه اجازة، والا فان كان الملك اجازة فلا كلام في انـه حتى فى صورة اقامة البينة لاتنفع ، اذ لايترتب على البينة ثمر .

ثم لوباع شيئاً وبعد تمام البيع قال : انا غاصب، وان الملك ليس لي ،

فانـه لايسمع دعواه الا باقامة البينـة ، أو بتوجيه الحلف اليه بعد عدم حلف المشتري، لانه يريد بذلك ابطال البيع، والاصل الصحة، فهو مدع، ولاينفع في المقام ان يقول المغصوب منه صورة: انه مغصوب ، فانـه لايزيد على كونه مدع، واحتمال مواطاتهما على ذلك .

نعم ، لو بعد بيع زيد أقام عمرو البينة على انـه غصب منه كان المحكم البينة، فلافرق في اقامة البينة بين نفس البائع أوغيره .

أما اذا ادعى المغصوب منه ولا بينة لـه، فان الحاكم يوجه الحلف الى المشتري ، ويكفي في الحلف حلفـه على عدم العلم ، كماهو مقتضى القاعدة المذكورة في [كتاب القضاء] .

ثم ان القواعد قال: ولوأقر بائع العبد بالغصبية من آخر و كذبه المشتري اغرم البائع الاكثر من الثمن والقيمة للمالك .

وفي الجواهر: لم يظهر لنا وجه له معتد بـه ، وذلك لان اللازم ان يغرم الثمن للمالك ان أجاز البيع والا فقيمتـه ، وعليه فلوفرض زيادة ماقبض من الثمن على القيمة وجب عليه أن يوصلها الى المشتري بأي وجه كان، ولوكان الغاصب باعه بأقل من قيمته كان عليه أن يدفع الى المغصوب منه كمال القيمة ان لم يكن أجاز البيع ، والا فالمسمى لوضوح انـه باقراره أثبت على نفسـه العين، فاذا لم يتمكن من اعطائه العين وجب عليه اعطاء البدل مثلا أو قيمة ، ولاشأن للمسمى في المقام .

أما بالنسبة الى المغصوب منه، فان علم انه غصبه منه، أوجهل ذلك كفاه اقرار الغاصب، وان علم انه ليس بغصب منه ، فمن الواضح انه لاشأن لـه ، وان أقر، فان الاقرار لايوجب أن يدخل في ملك الانسان ماليس بملكه .

وأما بالنسبة الى البائع، فان علم بانه غاصب، فكما ذكر والا بان علم انه كان وكيلا في البيع أو ولياً ونحوه، فليس عليه الا أن يرد الى المالك المسمى سواء كان أزيد عن القيمة أوأقل أومساوياً اذا كان بيعه بميزان .

وفي الجواهر: ليس للمشتري مطالبته بمادفع اليه من الثمن بعد عدم تصديقه في اقراره، كما انه ليس للبائع مطالبة المشتري مع عدم الاجازة الا بأقل الامرين من القيمة والثمن ، لان الاولى ان كانت أقل فليس له غيرها بمقتضى اقراره، وان كان الثمن أقل، فليس له سواه في ظاهر الشرع ،سواء أجاز المقر له أم لا؟ بعد عدم تصديق المشتري ـ انتهى .

ولوعاد الى الغاصب ماباعه الى المشتري بفسخ ونحوه، فالواجب عليه رده على مالكه باسترجاع مادفعه اليه كمافي القواعد وغيره، وأيده الجواهر أيضاً، لكن قد تقدم في مسائل بدل الحيلولة انه ليس ذلك على الاطلاق، بل قد يصبح المدفوع ملكاً للمغصوب منه والمغصوب ملكاً للغاصب .

قال في الجواهر: ولوأقر المشتري خاصة، لزمه رد العبد الى المقر له ويدفع الثمن الى بائعه .

أقول: فيه انه لاوجه لاحد الامرين ، فان علم بأن العبد ليس للمقر له فليس عليه ان يرد العبد الى المقر له ، وان علم بأن العبد للمقر له فليس عليه أن يدفع الثمن الى بائعه، اذ من الواضح انه ليس عليه كلاهما معاً، بل قد ذكرنا في [كتاب الاقرار] انه لو أقر لنفرين بشيء لايجب عليه ان يعطي أحدهما العين، والاخر الثمن على ماهو المشهور بينهم، لان الاقرار كغيره من الاصول والامارات لاتصادم العلم .

ولو باع الغاصب مال المغصوب منه لورثته ثم مات المغصوب منه كان البيع باطلا ويجب عليه رد الثمن الى الوارث ،لانه بموت المغصوب منه انتقل المغصوب الى ورثته، فلامعنى للبيع .

ثم ان الاحكام المذكورة ليست خاصة بالغصب بماهو غصب، بل يشمل المعاملات على ملك الغير ولو بزعم انه لـه ، كما اذا كان الوارث زعم ان مورثه قد مات وورثه التركة فتصرف فيه بمثل التصرفات السابقة فظهر عدم موتـه .

(مسألة ـ ٤ ـ) قال في الشرائع : اذا مات العبد، فقال الغاصب : رددته قبل موته، وقال المالك: بعد موته، فالقول قول المالك مع يمينـه، وقال في الخلاف: لوعملنا في هذه بالقرعةكان جائزاً .

وقال في المسالك: اذا ادعى الغاصب رد العبد قبل موته وعكس المالك فقـد تعارض هنا الاصلان، لان كل واحد من الموت والرد حادث، والاصل عدم تقدمه، لكن ذلك يقتضي ترجيح جانب المالك ، لان التعارض المذكور يكون في قوة اقترانهما، وذلك غيركاف في براءة ذمة الغاصب منه، لان برائته متوقفـة على تسليمه حيـاً سليماً وهو منتف هنا، فتقديم المالك ليس من جهة ترجيح أصله، بل من الجهة التي أشرنا اليه ، ويزيد أيضاً ان معـه اصالة بقاء الزمانواستحقاق المطالبة ـ انتهى .

وتبعه الجواهر في بعض الاستدلالات المذكورة بتصرف .

أقول: لافرق في الحكم بين العبد والفرس والشاة مذبوحة وغيرها مثلا يدعي المالك انه رد الشاة اليه بعد ذبحه لها ممايسبب نقصان القيمة ، ويقول الغاصب : انه ردها حية ، وانما ذبحها المالك بنفسه ، او ذبحها انسان آخـر مما ليس عليه التفاوت ، ومقتضى القاعـدة هو قول المالك ، لان مقتضى على اليد انه يلزم عليه الرد ، فاذا لم يعلم الرد ،كما أخذه يجب عليه اثباته بالبينة، فان لم تكن بينة كان على طرفه الحلف ، نعم اذا لم يحلف ورد الحلف علـى الغاصب حلف ، وتخلص .

ومنه يعلم ، وجه النظر فيما حكي عن الخلاف منْ قوله : لوعملنافيهذه المسألة بالقرعـة ، كان جائزاً ، وان كان ربما يستدل له بأن القرعـة لكل أمر

مشكل[١]، لكن قد ذكر الشيخ المرتضى (ره) وغيره انه لامجال للقرعةفيمورد الاصول والامارات .

نعم، قال في الجواهر : انه لم يتحقق عنده ان الخلاف قال ذلـك ، لان عبارته المحكية عنه في المختلف في تعارض البينتين هي هذه اذا غصب عبداً ومات واختلفا :

فقال الغاصب : رددته حياً ومات في يد المالك .

وقال المالك : رددته ميتـاً ، وأقام كل منهما بينة بما ادعاه سقطتا وعدنا الى الاصل وهو بقاء العبد عند الغاصب حتى يعلم رده ، ولان كلا منهما مدع موت العبد عند صاحبه ، وحيث تكافئتا ولاترجيح سقطتا وبقى الاصل وهـو بقاء العبد عند الغاصب حتى يعلم رده ، وان عملنا في هذه المسألةعلىالقرعة كان جائزاً .

قال : ولعله لذا حكاه في الدروس عنه ذلك قال : ولو اختلفا في رده أو في موته قبل الرد أو بعده أو في رد بدله مثلا أو قيمة؟ حلف المالك .

ولو أقاما بينتين تساقطتا ويحلف المالـك ، وفي الخلاف يجوز العمـل بالقرعة لتكافؤ الدعويين وهـو حسن ، بل واجب ، وقال ابن ادريس : البينة للغاصب لانها تشهد بما يخفى ـ انتهى كلام الدروس .

أقول : لامجال للبينتين ، كما انـه لامجال القرعة بماعرفت ، أمـا ما عن المختلف من جعله الفرض من المتضادين الذي هومحل القرعة، أو التساقط والرجوع الى الاصل بعد اقامتهما البينتين ، لان الموت أمر وجودي طاريء

---

(١) الوسائل : ج ١٨ ص ١٩١ الباب ١٣ من كيفية الحكم ح ١٨ .

على الحيـاة ، فهوحينئذ ضدها ، ولايمكن الجمع بينهما ، فحصل الاشتبـاه الموجب للقرعة أو التساقط والرجوع الى الاصل ، ففيه مالايخفى .

اذ قد عرفت ان الغاصب يجب عليه رد المغصوب ، فحيث يدعي الـرد وينكره المغصوب منه فعليه أن يقيم البينة ، فالبينة عليه لاعلى طرفه ،كما انـه لامجال للقرعة .

ولذا رده الجواهـر بأن ذلك لايخرج المسألـة عن مسألة بينة الداخـل والخارج فلابد حينئذمن بناء ترجيح أحدى البينتين على ذلك ، نعم يرجع الى القرعة في البينتين المتضادتيـن ، ولم تكن أحديهما بينة داخل وخـارج كما في دعوى رجل زوجية امرأة ، ودعوى آخر كذلك ــ انتهى .

لكن فيه : ان القرعة ليست مطلقة في البينتين المتساقطتين ، لانا في الامور المالية يلزم الاخذ بقاعدة العدل .

نعم القرعـة تامة في مثاله الذي مثلـه بالاختلاف في زوجيـة امرأة بين رجلين ، و كذلك عكسه في اختلاف الاختين أو الام والبنت في زوجية رجل الى غيرذلك من الامثلة التي لامجري لقاعدة العدل فيها، ومماتقدم ظهر انـه لا ينبغي الاشكال والخلاف في انهما لو اختلفا في انه هل رد عليه المغصوب أو قيمته أو مثله أم لا ؟ فان القول قول المالك ، لان الاصل عدم ذلك كله، فالمالك منكر ليس عليه الا الحلف ، فاذا ادعى المدعي الرد ، وأنكر المالك،فان أقام بينة فهو، والاكان عليه الحلف ، واذا لم يحلف رده على الغاصب ، فان حلف برء وان حلف ولم يؤد الغاصب سجن الى أن يحقق حول الامر فلاتخليدفي

السجن ، وكذلك الحال فيما لو ادعى الغاصب رد كله ، وأنكر المالك وادعى رد البعض فقط .

ولو ادعى الغاصب رده على وكيل المالك ، فان أقر الوكيل وثبتت الوكالة فهو، والا كان مدعياً ، ولو أراد الغاصب الرد فأنكر المالك أن يكون المردود عين ماله فعلى الغاصب الاثبات بانها عين ماله ، اذ الاصل عدم ذلك .

أما اذا ردها وبعد ذلك ادعى المالك ان المردود لم يكن ماله ، وانما اغفله الغاصب في رد مثله اليه مثلا ، فالظاهر انه من التحالف ، لان كل واحد منهما يدعي غير ادعاء الاخر، وكما ان الاصل عدم رد العين كذلك الاصل عدم رد الغير، ولوقال المغصوب منه : ان العين كانت شاة ، وقال الغاصب : بل كانت سخلة ثبتت الاقرار على الغاصب، وأحتاج المالك الى البينة في اثبات دعواه ، فاذا أثبت سقط الاقرار ، اذ الاقرار لم يكن مطلقاً ، وانما منصبا الى المكان الذي نفاه البينة ، وأثبت غيره .

(مسألة ـ ٥ ـ) قال في الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: اذا اختلفافي تلف المغصوب ، فالقول قول الغاصب مع يمينه ، بل لاأجد فيه خلافاً بينهم ، بل عن ظاهر غاية المراد بل والتذكرة الاجماع عليه ، وليس مع انه مخالف للاصل الا لانه لولم يقبل لزم تخليده الحبس لوفرض صدقه ، اذ قد يصدق ولا بينة له ، ثم قال : لكن ذلك كله كما ترى لايوافق قواعد الامامية ضرورة كونه مجرد اعتبار ، فان ثبت اجماع فذاك والا كان المتجه الحبس الى أن يظهر للحاكم على نحو البينة ـ انتهى .

وماذكره الجواهر هومقتضى القاعدة ، لظهور انه لااجماع بعدتعليلهم بما تقدم من لزوم تخليده الحبس ، مع ان التخليد غيرظاهر الوجه لما عرفت في المسألة السابقة ان الحاكم يحقق حتى يطمئن حسب الموازين .

بل يمكن عدم الحبس أيضاً بأخذ كفيل أو رهن أوماأشبه ، ممايكون فيه جمع بين الحقين ، كما ان التخليد في السجن الذي تكرر في كلماتهم في أمثال المقام ، لم أجد له دليلا معتداً به ، فان التخليد الوارد في بعض الروايات في غير أمثال هذه المقامات ، ودليل التخليد في أمثال هذه المقامات ، مثل مطل الغني يوجب حبسه ونحوذلك، لايدل على التخليد بتقريب ان العلة ما دامت موجودة يكون المعلول موجوداً ، اذ لادليل على ان للحاكم مثل ذلك في باب العقوبات، وانما اللازم حل المنازعات بصورة ما ومعنى التخليد ابقاء المنازعة.

ومماتقدم يظهر، وجوه النظر فيماذكره المسالك حيث قال : ولايرد مثله فيما لو أقام المالك البينة ببقاء العين ، فانه حينئذ يكلف بردها ويحبس مع امكان صدقه ، اذ البينة ببقائها لاتقتضي المطابقة في نفس الامر، لانه يمكن الفرق هنا بأن بقائها ثابت شرعاً وظاهر الحال يقتضي صدق البينة فيه، فيجوز

البناء على هذا الظاهر واهانته بالضرب والحبس الى أن يظهر للحاكم كون تركه ليس عناداً ، فاذا تعذر الوصول الى العين انتقل الى بدلها كما هنا بخلاف البناء على الاصل ، فانه حجة ضعيفة مختلف فيها بين الفقهاء والاصوليين، فلا يناسبها التضييق بالعقوبة ونحوها ـ انتهى .

والظاهر ان مراده بالضرب ، الضرب تعزيراً ، اذ لاضرب في غير التعزير كما انه ان قامت البينة أو الاقرار مثلا أو ما أشبه على بقاء العين عند الغاصب ، ولم يستعد لردها ، ولايفيد الحبس والضرب في الرد ولايتمكن الحاكم من الاسترداد كان للحاكم أن يقتص من مال الغاصب ، ويعطيه للمالك اذا رضى المالك بذلك ، وحينئذ له التقاص من الاقرب فالاقرب من أمواله للجمع بين دليل التقاص ، وبين دليل سلطنة الغاصب على أمواله ، فلايرجع الى الابعد مع امكان الاقرب .

مثلا: اذا أخذ الغاصب الدنانير من المغصوب منه كان للحاكم أخذ الدنانير من مال الغاصب لاأخذ داره لاعطائها للمالك .

نعم اذا تساوى الكل في البعد عن المثل ، كان للحاكم اختيار أيها شاء، بل ينبغي أن يستثنى من ذلك أيضاً ما لو منع عن بعضها الغاصب بصورة خاصة .

مثلا : له داران متساويتان والغاصب لايريد التقاص من داره اليمنى،وانما يريد التقاص من داره اليسرى ، فان الظاهر انه ليس للحاكم التقاص من داره اليسرى بدليل السلطنة بعد امكان التقاص من غير تلك الدار، هذا فيما اذا رضى المالك بالتقاص .

وأما اذا قال : سوف أصبرحتى أحصل على عيني ، فاذا لم يكن في صبره مفسدة لـم يكن للحاكم التقاص ، أما اذا رأى الحاكم ان في صبره مفسدة كمفسدة بقاء التنازع والتشاجر وما أشبه فله التقاص، لانه مأمور بفصل المنازعات وان أراد أصحابها بقاء النزاع ، فان التنازع والتشاجر بالاضافة الى حـرمته في الجملة خلاف استتباب الامن الذي وضع الحاكم لاجله ، وقد ذكرنا في بعض مباحث[الفقه] ان الحاكم الشرعي كالحاكم العرفي، فما يراد منه في العرف يراد منه في الشرع ، فـاذا قال الشارع : نصبته عليكم حاكماً ، يكون وظائفه وتكاليفه كوظائف وتكاليف الحاكم العرفـي الا ماخرج بالدليـل ، وانهـاء المشاجرات والمنازعات من تكاليف الحاكم العرفي كما لايخفى .

ثم انه لو أقام الغاصب البينة على التلف وأصر المالك على البقاء، فللغاصب ان يرد مثله وقيمته اليه ، وليس للمالك الامتناع عن الاخذ ، فاذا امتنع أعطى الغاصب الحاكم المثل أو القيمة ، لانه خلاف سلطنة الغاصب أن يبقى مـال غيره عنده اجباراً عليه ، فاذا ظهر بعد ذلك صدق المالك ببقـاء عينه واشتباه البينة ترادا المالين .

ولو تلفت العين بعد اعطاء المثل أو القيمة، وقد ارتفعت ، فعلى الغاصب اعطاء التفاوت ، لان العين مادامت باقية فهي ملك للمالك ، والبدل انما يكون بدلا ظاهرياً فقط ،كما ان الحكم كذلك لو اشتبه الغاصب في بقاء العين أو تلفه فزعم تلفها وأعطى البدل ،كما ذكرناه في الحيلولة .

ثم الظاهر ان للمالك أخذ البدل ، ولو مع علمه ببقاء العين بعد ما قامت البينة أو أقر بتلف العين اذ مادام لايصل الى عينه فله بدله ولـو من باب بدل الحيلولة .

ومما تقدم يظهر، وجه النظرفي حلف الغـاصب ،كما يظهر وجه الصحة في أخذ المالك البدل فيما ذكره الجواهرممزوجاً مع الشرائع قال : وكيف كان ، فاذا حلف أي الغاصب من أول الامر أو بعد اليأس من دفع العين طالب المالك بالقيمة لتعذر العين ولو للحيلولة التي قد عرفت اقتضائها ذلك ، فما عن بعض العامة من انـه ليس للمالك المطالبة بالقيمة ، لانه يزعم بقاء العين فلايستحق بدلها واضح الضعف ـ انتهى .

لايقال: فيما لو أقر المالك بأنالعين تالفة وهويعلم بقائها لاحقله في أخذ البدل ، لانه باقراره سبب بقاء العين عند الغاصب ، فهو الذي أدخـل الضرر على نفسه بسبب اقراره ؟

لانه يقال : ان الاقرار لايوجب خروج العين عن ملكه ، وحيث انـه بعد الاقرار يطالب العين والغاصب مانع عن اعطائها له ، فلـه أخذ بدلها ولولـم يعط بدلها فله التقاص حسب الموازين الاولية .

وعليه ، فلافرق بين قيام البينة بتلف العين أو الحلف أو اقرار المالك .

(مسألة ـ ٦ ـ) اذا غصب داراً ثم اختلف هو والمالك في ان مافي الدار هل للمالك أو للغاصب؟أوغصب فرساً أودابة أوماأشبه . فاختلفافي ماعلى الفرس والدابة من الجل والسرج ونحوهما ، فمقتضى القاعدة انالقول قول الغاصب لانه ذو اليد على المال .

ولذا قال في الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: اذا اختلفا فيما على العبد من ثوب أوخاتم أو نحوهما ، فقال المالك : هولي ، وقال الغاصب : هولي فالقول قول الغاصب مع يمينه ، بلاخلاف أجده فيه ، لان يده حالة الغصب على الجميع فيقدم قوله، ولايعارضه سبق يد المالك بعد زوالها بطرو يدالغصب التي حكم بسببها بضمانه للعين والمنفعة، وقد أخذ الدليل من المسالك،حيث استدل لتقدم يد الغاصب بقوله : ويدل على ترجيحها على يد المالك الحكم بضمانه لعينه ومنفعته ، وذلك فرع اثبات اليد ـ انتهى .

نعم ذلك اذا لم تكن هناك قرائن تدل على كذب الغاصب، كما اذا غصب الدار صباحاً ، ولما أراد المالك استرجاعها بعد ساعة كانت مؤثثة أثاثاً كاملا ، مما لايمكن التأثيث في هذه المدة القصيرة ، واذا ادعى الاثاث أو الجل والسرج المالك ولابينة ، فله احلاف الغاصب حسب موازين الدعوى .

ثم انه ان دخل الغاصب الدار عنوة ، وجلس فيها مع المالك ، أو كانا راكبين على الفرس والدابة ، وبعد اخراجه ادعى ان الجل والسرج والاثاث له ، وادعى المالك انها له ، فالظاهر انه من التنازع ، لان يد الغاصب ، وان كانت يد ضمان الا ان الضمان للعين لايؤثر في سلب أحكام اليد عنه ، لاطلاق

دليل اليد[1]، كما ان المالك اذا استرجع الدار من الغاصب في المسألة الاولى ثم ادعى الغاصب ان الأثاث له ، فالاصل مع المالك لانه ذو يد حالا .

ولوغصب دابة وبعد استرجاع المالك ، حيث كان للدابة ولد، ادعى الغاصب ان الولد له ، وقال المالك : انه له ، حيث ادعى ان الغاصب غصبها مع ولدها، فالقول قول الغاصب، لانه ذو يد ، ولاتلازم بين كون الدابةللمالك والولد له لامكان ان الحق الغاصب الولد بدابة غير أمه، فكونه ذواليديقتضي ملكية مافي يده الا ان يقيم المالك البينة .

وكذا اذا كان عند الغاصب زوج حذاء ، وادعى المالك انكليهما له ، بينما قال الغاصب : انأحدهما له، فان يد الغاصب يقتضي كون الفردةالاخرى للغاصب الا ان يقيم المالك البينة أو ينكل الغاصب عن الحلف مع حلف المالك على الاختلاف فيان النكول هل هوكاف أو يحتاج الىحلفالمدعي؟

---

(١) المستدرك : ج ٢ ص ٥٠٤ الباب ١ من أبواب العارية ح ١٢ .

(مسألة ـ ٧ ـ) لوقال المالك للغاصب : أنت فتحت الباب فسرق متاعي أومنعت الام من ارضاع ولدها فمات الولد ، وأنكر الغاصب ، فعلى المالك البينة ، لانه مدع بفتح البـاب ومنع الام ، وكذلك أمثال هذه المقامات ممـا تقدمت في المسائل السابقة .

ولوقال المريض : ان الطبيب هو الذي أعطاه الدواء الذي سبب له العمى أو الشلل أوما أشبه ، وأنكر الطبيب ، فاللازم على المريض اقامة البينة ، واذا اعترف الطبيب بأن الدواء صارسبباً ، لكنه ادعى أخذ البراءة من المريض ، فعلى الطبيب البينة .

وكذا اذا ادعـى الوارث ان موت مورثـه بسبب دواء الطبيب ، وأنكر الطبيب ، فعلى الوارث البينة الا أن يدعي الطبيب انه أخذ البراءة مع اعترافه بأن الموت مستند الى دوائه ، فان على الطبيب اقامة البينة على أخذه البراءة.

وكذا اذا أجرى له عملية جراحية فمات ، فادعى الوارث انه مات بسبب العملية وأنكر الطبيب ، فان على الوارث البينة ، أما اذا اعترف الطبيب بأن العملية صارت سبباً للموت ، وادعى أخذه البراءة ، فعلى الطبيب اقامة البينة .

والظاهر كفاية أخذ البراءة من ولي الطفل والمجنون فلوحصل عطب،أو تلف عليهما لم يكن الطبيب الاخذ للبراءة ضامناً ، ولو أعطاه البراءة من ليس بولي شرعي ، و كان مغروراً كان الضمـان على الطبيب الا ان له الحق فـي الرجوع الى الغار بدليل المغرور يرجع الى من غر[1] والمراد بكون الضمان على الطبيب الاعم من كونه عليه بشخصه ، أوعلى عاقلته حسب موازين القتل

(١) المستدرك : ج ٢ ص ٦٠٣ الباب ١ من أبواب العيوب في النكاح ح ٦ .

والجرح ونحوهما .

ولو ادعى المالك ان الغاصب لاط بالدابة مما سبب تحريمها وأنكر،كان القول قول الغاصب الا ان يقيم المالك البينة ، ولايكون ذبح المالك للشاة مثلا واحراقها دليلا على صدق كلامه .

نعم ، لوعلم المالك بينه وبين الله بذلك وجب عليه اجراء الاحكام على الشاة ،كما انه باقراره أسقط قيمة الشاة والزم باجراء الاحكام من باب الامر بالمعروف والنهي عن المنكر.

ولو قال شخص للمالك : انه لاط بها لم يثبت على المالك لعدم حجية قوله .

نعم ، اذا كان الشخص ذا يد على الحيوان ثبت قوله باعتبار انه اقرار فيما هو ذو يد فيه، وقدتقدم ان دليل اليد أعم من المالك والغاصب والمستأجر وغيرهم .

ولو أعطى مال المالك لنفسه غاراً له بانه مال الغاصب فاضاف المالك على ماله، مثلا : ذبح الشاة وأطعمها الناس ، ثم بعد التبين اختلفا في انه هل أعطاه مطلقاً حتى يكون غاراً ويكون للمالك الرجوع عليه ، أو أعطاه مقيداً بانه يأكله بنفسه ، فلاحق له في اضافة الناس ، فاضافته للناس ليست من جهة الغرور لم يستبعد ان يكون الحق مع الغاصب للشك في الغرور بهذا النوع الذي يوجب ضمان الغاصب ، فالاصل برائة ذمته .

ولوقال الغاصب: ان الارض لم تكن صالحة للزراعة، فليس علي الاجرة وقال المالك : كانت صالحة للزراعة ، كان على المالك الاثبات الا ان يكون

استصحاب القابلية ، حيث يكون على الغاصب الاثبات ، و قد تقدم مثل هذه المسألة .

ولو قال الغاصب : ان الجائر كان مانعاً عن زراعة الارض مطلقاً ، حيث لم تكن لها منفعة ، سواء كانت بيدي او بيد المالك، احتاج الى الاثبات لانه معترف بقابليتها الذاتية ، وانما يبدى مانعاً والاصل عدمه .

ولو استولى على متعة انسان حتى فات الوقت ، فالظاهر ان على الغاصب اعطاء المهر بدليل لا ضرر[1] ، وقوله عليه السلام : فوتها[2] ، فانه هو الذي فوت المنفعة على الزوج في الاستفادة منها ، وهذا غير قول القواعد، ومنفعة البضع لا تضمن بالفوات ، وتضمن بالتفويت .

وقال في مفتاح الكرامة : أما ضمانها بالتفويت فمما لا كلام فيه ، فيما أجد في الامة مطلقاً الا اذا كانت عالمة ، وفي الحرة حيث يكون للبضع اجرة، كما اذا وطىء بعقد أوشبهة لا فيما اذا زنى بها .

وأما عدم الضمان بالفوات ، فقد صرح به هنا كما في التذكرة وجامع المقاصد ، بل ظاهر التذكرة انه لا مخالف فيه حتى من العامة وهو خيرة شهادات الخلاف واختاره المحقق في الشرائع والمصنف في الكتاب والارشاد وغيرهما وفي المسالك و كشف اللثام انه المشهور ذكروا ذلك في باب الشهادات الى آخر كلامه .

وذلك لانه فرق بين تفويت منفعة المتعة ، حيث انها في مقابل المهر، وقد

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٤١ و ٣٤٢ الباب ١٢ من احياء الموات ح ٣ و ٥ .

(٢) المستدرك : ج ٣ ص ٤٥ الباب ١ من أبواب الغصب ح ١ .

ورد في الاية الكريمة ﴿فما استمتعتم به منهن فآتوهن اجورهن﴾[١] وفي الحديث: (هن مستأجرات)[٢] وبين منفعة البضع في العقد الدائم ، حيث ان البضع لا يعد في قبال المهر:

ولا يقال عرفاً انه فوت المنفعة على المغصوب منه حتى يشمله فوتها ودليل لاضرر وماأشبه، وعن الخلاف انه احتج على عدم الضمان بانه لو كان يضمن لحجر على المريض بالطلاق الا ان يخرج البضع من ثلثه ولا يضمن له لو قتلها قاتل أوقتلت نفسها ،كما استدل له السيد العاملي(ره) بأن منفعة البضع تستحق استحقاق ارفاق للحاجة و الضرورة ولا كذلك سائر المنافع ، فان استحقاقها استحقاق ملك تام ، ألا ترى ان من ملك منفعة الاستيجار ملك نقلها الى غيره بالعوض بان يؤجره وبغير العوض بأن يعيره ، و الزوج المستحق لمنفعة البضع لايملك نقلها لابعوض ولابغيره ـ انتهى .

لكن في هذه الاستدلالات انها تابعة لماذكرناه والا كان كل دليل من هذه الادلة بحاجة الى دليل .

وبذلك يظهر ، وجه النظر فيما نقله مفتاح الكرامة من احتمال الضمان قال : والتردد ظاهر الشهيد في شهادات اللمعة والمصنف في رضاع الكتاب حكم بالضمان ، وفاقاً للمبسوط وجماعة كما في المسالك ، لان البضع مضمون كالاموال، لانه يقابل بالمال في النكاح والخلع ، ولايحتسب على المريض المهر لو نكح بمهر المثل فمادون .

---

(١) سورة النساء : آية / ٢٤ .

(٢) الوسائل : ج ١٤ ص ٤٤٦ الباب ٤ من أبواب المتعة ح ٢ .

وكذا المريضة المختلعة بمهر المثل ، ويضمن للمسلمة المهاجرة مع كفر زوجها ـ انتهى .

وفي الكل مالايخفى، فانها ثبتت بالادلة الخاصة، وليس من باب المقابلة بالمثل كمايستفاد من الشرع، فان الركنين في النكاح هما الزوجان، كما ان الركنين في البيع هما المالان .

أمّا المهر فكأنّـه طعمة واسترضاء وما أشبه ، وان ثبت بالدليل في هذه الموارد، وفيما اذا دلس انسان امرأة ، حيث ان الزوج يرجع بالمهر على المدلس، ولذا لوماتت الزوجة بدون دخول، أومات بعد دخول مرة مماليست قيمة الدخول بقدر المهر كان على الزوج اعطاء المهر، الى غير ذلك من الامثلة .

والحاصل: فرق عرفاً عند المتشرعة بين المتعة وبين الدائم، ولذا بقدر تأخير المتعة وتفويتها الوقت ينقص من مهرها، وليس كذلك في الدائم .

ولو ادعى المالك ان الارض نقصت لترك الزرع ، وأنكر الغاصب ، فالبينة على المالك ، ولو قال المالك : كانت سمينة فهزلت ، أو كانت هزيلة فسمنت سمناً مضراً، فالقول قول الغاصب في انكاره .

وهذا آخر ماأردنا ايراده في هذا الكتاب، والله الموفق للصواب .

سبحان ربك رب العزة عمّايصفون، وسلام على المرسلين، والحمد لله رب العالمين .

تم في الخامس والعشرين من شهر محرم الحرام، سنة ألف وأربعمائة وأربعة في قم المشرفة، بيد مؤلفه : محمد بن المهدي الحسيني الشيرازي .

المحتويات

الموضوع ـــــــــــــــــــــــــ الصفحة

الموضوع ——— الصفحة

الموضوع ــــــــــ الصفحة